

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO

VITOR DELACOSTE BICCA FLORES FERREIRA

**O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ENQUANTO FONTE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

FLORIANÓPOLIS

2013

VITOR DELACOSTE BICCA FLORES FERREIRA

**O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ENQUANTO FONTE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção de título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Arno Dal Ri Júnior. Dr.

FLORIANÓPOLIS
2013

F383p Ferreira, Vitor Delacoste Bicca Flores
O papel dos princípios gerais enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional / Vitor Delacoste Bicca Flores Ferreira; orientador, Arno Dal Ri Júnior. - Florianópolis, SC, 2013.
134 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.

Inclui referências

1. Sociedade internacional. 2. Direito internacional. 3. Fontes de direito. 4. Globalização. 5. Princípios gerais de direito. I. Dal Ri Júnior, Arno. II. Universidade Federal de Santa Catarina. III. Centro de Ciências Jurídicas. IV. Título.

CDU 34

Vitor Delacoste Bicca Flores Ferreira

**O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ENQUANTO FONTE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito, aprovado com nota [.....].

Florianópolis, 17 de julho de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Chiara Antonia Sofia Mafica Biazzi

Cristina Hall

Patrícia Scalco
(Suplente)

RESUMO

A sociedade internacional passa por constantes transformações em um intenso processo de globalização. O ordenamento jurídico internacional é uma necessidade na sociedade internacional, enquanto atua na integração e adequação dos processos de transformação sociais diante a globalização. O objetivo da proposta é demonstrar o papel que os princípios gerais de direito desempenham nesse ordenamento. Para demonstrar o papel dos princípios gerais de direito enquanto fontes de direito, se demonstra antes a relação entre direito e sociedade, a evolução histórica dessa relação aos temas atuais da formação do direito internacional, bem como se demonstra quanto aquilo considerado aí como fonte e seus principais exemplos. Para isso, se faz uma pesquisa comparativa entre os autores de destaque na matéria, com indicações adicionais de temas relativos enriquecedores de perspectiva em autores de outras áreas, principalmente da sociologia, mediante um procedimento misto. Nas considerações finais fica exposto o quão aberto se encontra o processo de consolidação da sociedade e do direito internacional, diante as dificuldades de institucionalização e codificação e diante as controvérsias acerca das definições de fontes jurídicas internacionais, se atenuando as incertezas possíveis e concluindo pontuando acerca da posição dos princípios gerais de direito como fontes diante o ordenamento jurídico internacional e em que maneira atuam na integração jurídica e social.

Palavras-chave: Sociedade Internacional. Direito Internacional. Fontes de Direito. Globalização. Princípios Gerais de Direito.

ABSTRACT

International society faces constant transformations in a deep process of globalization. International law is a necessity to global society, as it promotes integration and adequacy in the processes of social development regarding globalization. This study has the objective of showing the rule of the general principles of law in the international law. To prove the general principles of law as source of international law, first it is established the relation between law and society, its historical origins and evolution to present days major issues facing international law, as well as it is brought to discussion the subject of which are the sources considered in this matter, and its main instruments. Therefore it is pursued a comparison search among the main authors, with additional related themes information by other authors, in a mixed method. As it comes to understanding in the final remarks, both international law and global society find themselves open and longing to reinforce one another, as they face the difficulty of gathering worldwide common understanding to institutionalization and the uncertainties become smaller when it is consistently accounted about the sources of international law and among them the rule the general principles of law play in this process of integration.

Keywords: Global Society. International Law. Sources of Law. Globalization. General Principles of Law.

LISTA SIGLAS

- A.C.P.- Estados de África, Caraíbas e Pacífico
- B.I.R.D.- Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento,
- C.D.I.- Comissão de Direito Internacional
- C.E.E.- Comunidade Económica Europeia
- C.N.U.C.E.D.- Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento
- C.N.U.D.C.I.- Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
- C.S.C.E.- Conferência sobre a Segurança e Cooperação na Europa
- F.M.I.- Fundo Monetário Internacional
- O.C.D.E.- Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico
- T.C.E.- Traité Instituant la Communauté Européenne (Modificado pelos Tratados de Maastricht 1992 e Amesterdão 1997).
- T.I.J.- Tribunal Internacional de Justiça
- T.P.J.I.- Tribunal Permanente de Justiça Internacional
- O.N.U.- Organização das Nações Unidas
- S.d.N.- Sociedade das Nações Unidas
- U.R.S.S.- União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
- U.N.I.T.A.R.- Instituto das Nações Unidas para Formação e Investigação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO INTERNACIONAL	17
2.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL	17
2.2 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL	22
2.2.1 Bases Sociológicas	22
2.2.2 Denominação Direito Internacional.....	23
2.2.3 Terminologia e Metodologia	24
2.2.4 A Norma Jurídica Internacional	25
2.2.5 Definição	27
2.3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	28
3 A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	39
3.1 A FORMAÇÃO DAS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL	39
3.2. ROL DAS FONTES	46
3.3 O TRATADO	49
3.4 COSTUME	61
3.5 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.....	73
3.5.1 Conclusão Princípios	78
3.6 EQUIDADE	78
3.7 ATOS UNILATERAIS	81
3.8 ATOS E DECISÕES DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS.	88
3.9 MEIOS AUXILIARES	91
3.9.1 Doutrina.....	92
3.9.2 Jurisprudência	94
3.9.3 Analogia.....	95
4 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	99
4.1 RESGATE HISTÓRICO.....	99
4.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO A PARTIR DO SÉCULO XX	100
4.3 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	104
4.4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ENQUANTO FONTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	115
5 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

Diante a questão que o ser humano consciente e responsável se coloca quanto ao papel que desempenha no seu meio, é na perseguição dessa descoberta que define a sua personalidade e promove o seu próprio desenvolvimento. E assim contribui para o desenvolvimento da sociedade.

As relações humanas entre si e com o meio ambiente são marcadas por aspectos que resultam de um desenvolvimento histórico avançado. Aí se encontra manifestações de toda sorte e natureza: culturais, religiosas, tecnológicas, enfim, uma ampla gama de possibilidades cognitivas com as quais se pode entrar em contato.

O atual estágio de desenvolvimento que se encontra a humanidade, ainda longe de poder ser considerado uniforme, é resultado do estabelecimento de algumas premissas sobre o que vem a ser adequado para permitir a continuidade desse desenvolvimento. Estas premissas estão subjacentes à estrutura de uma sociedade civil em consolidação.

Diante a amplitude do processo cognitivo que se apresenta ao ser humano contemporâneo, com todas suas facetas objetivas e subjetivas, estas podem dar liberdade e incentivo à perseguição de novas questões, à formação de paradigmas e novas realidades.

Bem como, podem confundir a capacidade de identificação quanto à complexidade de entrelaçamentos que se estabelecem e à cognição de elementos dos quais não poderia se prescindir para aquela continuidade de desenvolvimento.

No sentido de procurar determinar essas premissas essenciais para a configuração de uma sociedade civil que permite a continuidade de desenvolvimento da humanidade, se propõe a necessidade de um ordenamento jurídico em adequação com as transformações sociais.

E procurando identificar um elemento que torne isso possível, se depara com o papel dos princípios gerais de direito enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional. Pois aí então se vê diante a questão problema dessa proposta.

Os princípios gerais de direito podem ser considerados fontes do ordenamento jurídico internacional tomado como uma necessidade da sociedade internacional marcada pela dinâmica de um intenso processo de globalização?

A hipótese básica que se propõe é que, sim, os princípios gerais de direito podem ser considerados fontes do ordenamento jurídico internacional tomado como uma necessidade da sociedade internacional marcada pela dinâmica de um intenso processo de globalização.

Para isso, se utiliza de uma metodologia de método misto, ora indutivo ora dedutivo. De um procedimento mediante a realização de pesquisa em um estudo comparativo dos principais autores internacionalistas.

Diante os principais aspectos da sociedade internacional na atualidade, se indica o papel dos princípios gerais de direito como fonte do ordenamento jurídico internacional.

Por objetivo geral se demonstra a importância da consideração dos princípios gerais de direito como fontes do ordenamento jurídico internacional como garantia de adequação desse ordenamento às necessidades da sociedade internacional marcada por um intenso processo de globalização.

Quanto aos objetivos específicos, se estabelece a relação entre direito e sociedade. Se situa o direito internacional no desenvolvimento histórico, suas origens aos aspectos mais atuais.

Bem como se esclarece, na formação desse direito, o que vem a ser considerado fonte. E se trata sobre estas fontes e seus respectivos papéis, se situando aí o papel dos princípios gerais de direito.

Outro objetivo específico é demonstrar a dinâmica de consolidação da sociedade internacional. Quanto ao aspecto político, diante a institucionalização. E também quanto à relação disto quanto ao aspecto jurídico, diante a codificação do direito internacional.

Uma observação meramente superficial de diversos aspectos rotineiros da vida prática e das relações sociais contemporâneas permite conferir a atualidade da intensificação do processo de globalização.

Seja através da mídia tradicional, nos meios de comunicação ou quanto aos mais variados assuntos cotidianos, o homem vive hoje em uma sociedade internacional.

Nessa realidade que coloca em contato os mais diversos universos sociais, plenos de diversidade cultural e religiosa, e complexo nos aspectos econômicos, se estabelecem redes de relações humanas sem precedentes na história.

Diversas são as expectativas e os valores que compõem essas relações, sendo imprescindível estabelecer a ordenação necessária à garantia de manutenção da configuração de uma sociedade civil justa e adequada à promoção do desenvolvimento humano em seu mais amplo sentido.

O estudo do direito internacional é de elementar importância, quando traz ferramentas de compreensão e contribuição para o ordenamento jurídico internacional.

Voltar a atenção para o aprofundamento do estudo dos princípios gerais de direito e seu papel no ordenamento jurídico internacional é um exercício que permite a constância de

adequação jurídica às transformações sociais. Onde a novidade aí é uma permanente na sociedade globalizada.

Os aspectos da sociedade internacional na atualidade influenciam o direito internacional. Bem como, o ordenamento jurídico internacional é instrumento para a justa adequação no processo de globalização.

E os princípios gerais de direito possuem papel de proeminência no processo de desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional e da institucionalização na sociedade internacional.

Antes de um interesse exclusivo do profissional na área, o estudo do tema toca a todos que estabelecem relações na sociedade contemporânea, sendo o conhecimento daí advindo de singular importância para a emancipação do homem, e da sociedade, quanto a forma que se organiza globalmente.

2 NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO INTERNACIONAL

A proposta tem em vista desenvolver alguns tópicos de Direito Internacional. Para se poder compreender sobre um assunto tão delicado quanto qual o papel dos princípios gerais de direito na ordem jurídica internacional, será antes resgatado aquilo que os principais internacionalistas consideram para o estudo do tema.

Assim, neste capítulo trataremos sobre questões preliminares de Direito Internacional, como a Sociedade Internacional, suas características e o desenvolvimento histórico do Direito Internacional.

2.1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL

1. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, para se poder tecer qualquer observação sobre um dado sistema jurídico, ou mesmo sobre um aspecto específico deste sistema, tal como princípios de direito, deve ser levado em consideração o ambiente de sua manifestação, qual seja, a sociedade.

Este autor soube demonstrar com precisão e clareza a interligação entre sociedade e direito, com atenção especial voltada ao campo internacional. É em suas linhas que se orienta este tópico, eventualmente buscando enriquecimento de perspectiva em outros autores.

Para melhor entender a sociedade internacional, optou-se por destacar alguns de seus principais aspectos. Assim sendo, após breve introdução ao tema, se faz referência às origens e à descrição da sociedade internacional; à denominação sociedade ou comunidade, bem como à realidade de existência e ao fundamento desta sociedade, e suas principais características.

Se parte da compreensão de Schindler de que “uma regra de direito determinada e um ambiente sociológico determinado caminham juntos” (SCHINDLER, 1933, p. 233 e ss.) .

Albuquerque Mello abre sua introdução ao estudo do tema com a afirmação de que “o direito é a manifestação da vida social” (MELLO, 1979, p. 25-34).

Daí se depreende que tanto as possibilidades quanto os limites do direito são consequência do condicionamento do direito à sociedade. É na sociedade internacional que se manifesta o Direito Internacional, e sobre esta sociedade deve-se considerar então o seguinte.

2. A sociedade internacional é dinâmica e se transforma constantemente, isto importando, na relação recíproca que mantém com o Direito Internacional, que ambos não estão sedimentados.

Sobre esta relação, observa-se que a partir de quando a sociedade produz o Direito, tendo este sido constituído, passa a ser um fator de condicionamento e modificação social. E onde também a recíproca é verdadeira, pois se sociedade é um fenômeno social, também é um fenômeno jurídico.

Esta estreita ligação entre Direito e sociedade é pontuada por Corbett de forma que “O Direito não cria a sociedade. Esta é criada pelo interesse comum. O Direito apenas consolida a sociedade” (CORBETT, 1954, p. 71 e ss.).

E, aí também, deve-se ter em conta que pode haver um descompasso entre o Direito e a estrutura social de sua manifestação, ao que Landheer diz o Direito nascer “velho” diante a sociedade, isso sendo verificado atualmente no campo internacional (LANDHEER, 1957, p. 7 e ss.).

Os próximos tópicos dão ênfase à sociologia do Direito Internacional.

3. Por motivo de necessidade ou de conveniência os homens estabelecem relações contínuas, e é a partir desse ponto que surge a sociedade. A constituição de uma sociedade internacional se dá a partir das relações estabelecidas entre as coletividades organizadas, remontando à mais remota antiguidade.

A viabilidade dessas relações ocorre com a existência de normas comuns, de natureza material ou moral, seguindo o aforismo “ubi societas ibi jus”, e leva à conclusão de Sereni: “a sociedade internacional e o Direito Internacional são contemporâneos” (SERENI apud MELLO, 1979, p. 25-26).

Para melhor descrever a sociedade internacional, devem ser apresentados os seus elementos, quais sejam: os principais entes e as forças mais atuantes.

4. Os Estados, as organizações internacionais e o homem são exemplos de entes internacionais que, possuindo direitos e deveres outorgados pela ordem jurídica internacional, são considerados sujeitos de direito internacional.

O Estado é o principal sujeito de direito internacional, sendo seu membro originário. O Direito Internacional se apresenta originalmente a partir das relações interestatais e se desenvolve por muito tempo dessa maneira (MELLO, 1979, p. 26).

Sendo que, a configuração atual do Direito Internacional tem origem na Europa Ocidental dos então já consagrados Estados Nacionais. É no Estado que se criam os demais sujeitos do direito internacional (MELLO, 1979, p. 26).

A formação de blocos socioculturais e a formação das empresas multinacionais são fatores que vêm atenuar o papel dos Estados na política internacional.

No sentido de atender melhor às necessidades de formação de uma política internacional, no século XX se desenvolveram as organizações internacionais.

A compreensão dos Estados Nacionais acerca da existência de questões que só encontram baliza e solução para além dos limites territoriais do Estado e com a colaboração da sociedade internacional como um todo, imprimem uma característica diversa a épocas anteriores.

Sendo as organizações internacionais resultado dessa compreensão, atendem melhor à atuação de ideologias e dos interesses de blocos socioculturais, onde se manifestam as associações intergovernamentais e as associações entre particulares, as organizações não governamentais (MELLO, 1979, p. 26-27).

Com crescente relevância, o homem também assume um papel de destaque entre os sujeitos internacionais. Diante a internacionalização dos direitos do homem, em um processo de democratização do Direito Internacional (MELLO, 1979, p. 27).

Georges Scelle, entre outros autores, chega a identificar as relações internacionais como "relações interindividuais" (SCELLE, 1935, p. 7 e ss.).

5. Além dos sujeitos, no plano internacional atuam com destaque as forças culturais, econômicas e religiosas.

Por forças culturais se entende a “realização de acordos culturais entre os estados, na criação de organismos internacionais destinados à cultura e na aproximação dos Estados” (MELLO, 1979, p. 27).

As questões de ordem econômica, na figura de instituições financeiras e mediante acordos comerciais, deixam evidente a importância exercida pelas forças econômicas na vida internacional. A solução dessas questões demanda colaboração internacional e o comércio internacional tem posição fundamental na existência do Direito Internacional (MELLO, 1979, p. 27).

Institutos de natureza religiosa, como a Trégua e a Paz de Deus, as bulas papais e o movimento pacifista são exemplos da influência histórica das forças religiosas na sociedade e no Direito Internacional (MELLO, 1979, p. 27).

6. Cabe também trazer ao entendimento da vida internacional o uso variado entre a denominação sociedade ou comunidade internacional. Valendo-se da sociologia de Ferdinand Tönnies, em "Comunidade e Sociedade", trata-se de levantar alguns aspectos distintivos entre sociedade e comunidade, tomando como norte a "intensidade do vínculo psicológico" entre os grupos sociais (TÖNNIES apud MELLO, 1979, p. 28).

A comunidade se encontraria através de uma formação natural, com vontade orgânica baseada em padrões de prazer, hábito e memória; teria vasta extensão e profunda participação na vida em comum, sendo regida pelo direito natural (MELLO, 1979, p. 28).

A sociedade se daria com formação voluntária, de vontade refletida dirigida pelo pensamento e voltada a uma determinada finalidade; apresentando extensão reduzida e com participação superficial na vida em comum, sendo regida pelo direito contratual (MELLO, 1979, p. 28).

7. Já a realidade de existência da sociedade internacional se dá diante a continuidade das relações entre as coletividades e é marcada pela sociabilidade humana para além dos limites estatais. Negar essa existência é fechar os olhos diante a realidade (MELLO, 1979, p. 29).

8. Para se fundamentar a sociedade internacional, pode-se contrapor a corrente positivista e a jusnaturalista.

O acordo de vontades dos Estados é o elemento central da corrente positivista. Descarta-se a corrente positivista dada a inviabilidade de um Estado existir sem ter qualquer forma de participação na sociedade internacional, perdendo inclusive seu valor se não integrado a esta sociedade (MELLO, 1979, p. 29-30).

Já o jusnaturalismo defende que o homem só se realiza em sociedade e, ressaltando a unidade de gênero da humanidade, a sociedade internacional nada mais é do que a sociabilidade do homem em sua maior amplitude (MELLO, 1979, p. 29-30).

9. Finalmente, são destacadas algumas características da sociedade internacional. Diz-se *universal* por incluir todo ente do globo. A igualdade jurídica a define como uma sociedade *paritária*.

Diante reunião de certos pressupostos, qualquer Estado é nela acolhido, independentemente de manifestação por outros Estados, sendo então uma sociedade *aberta* (MELLO, 1979, p. 30).

Como não há uma organização institucional hierarquizada, não caracterizando um superestado, sem possuir um poder legislativo, um executivo nem um judiciário, na vida internacional a sociedade é descentralizada (MELLO, 1979, p. 30).

Destaca-se a noção de desdobramento funcional defendido por Georges Scelle, onde, na falta de hierarquia institucional da sociedade internacional, um determinado órgão estatal se presta tanto ao Estado como à sociedade internacional (SCELLE, 1935, p. 7 e ss.).

Sobre essa questão da funcionalidade das instituições, autores da antropologia moderna, como Radcliffe- Brown e Malinowski, defendem a primazia de importância das funções em relação às estruturas (MELLO, 1979, p. 35).

Ainda sobre a questão da falta de hierarquia institucional, fica evidente a singularidade de sua relevância no texto de abertura da obra de José Francisco Rezek (2000, p. 01):

Uma advertência deve ser feita a todo aquele que inicia no estudo do direito internacional público. A sociedade internacional, ao contrário do que sucede nas comunidades nacionais organizadas sob a forma de Estados, é ainda hoje “descentralizada” [...] No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente.

10. Na perspectiva da relação entre sociedade e Direito, e levando em consideração o papel de relevância que os Estados de maior força exercem na sociedade e no Direito Internacional, assim como a intensidade dos processos de transformação que aí ocorrem, o jurista internacionalista deve se manter atualizado e consciente do papel de relevância da política no campo internacional, sendo esta uma constante (MELLO, 1979, p. 25-34).

Considerando a importância da afirmação de que no campo internacional a política é uma constante e tem papel de relevância, vale trazer à tona algumas considerações a respeito da diplomacia, já que é através desta que a política internacional ganha seu escopo mais significativo.

Para ilustrar a política internacional em sua identificação com a diplomacia, já que por natureza ambas dificilmente enquadradas em campos determinados de ciência, Fernando Guimarães Reis (2011) lança mão de duas considerações.

A primeira, referente ao aspecto prático do exercício da política ou da diplomacia, na autoria de Hannah Arendt, de 1958: “[...] desde Demócrito e Platão [...] política é uma técnica, e pertence entre as artes, e pode ser comparada àquelas atividades como a cura ou navegação, onde, como na apresentação do dançarino ou do ator, o ‘produto’ é idêntico à realização do ato artístico em si”. (ARENDR apud REIS, 2011, p. 35, tradução livre).

A segunda, que recorre a Machado de Assis, em crônica datada de 21/02/1897, resgata o papel político da diplomacia na dinâmica de transformação da sociedade: “A diplomacia é uma bela arte, uma nobre e grande arte: o único defeito que há nas suas admiráveis teias de aranha é que uma bala fura tudo e a vontade de um povo- se algum santo entusiasmo lhe aquece as veias- pode esfrangalhar as mais finas obras da astúcia humana”. (ASSIS apud REIS, 2011, p. 25).

11. Com estas considerações pretende-se demonstrar quão aberta se apresenta a sociedade e o Direito Internacional diante a dinâmica político- diplomática, com muito ainda sendo e a ser construído.

Diante disto, passa-se então a analisar as questões introdutórias de Direito Internacional, para assim demonstrar a estreita ligação entre a configuração da sociedade internacional e o ordenamento jurídico que nesta se manifesta.

2.2 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL

12. Tendo sido apresentadas as linhas gerais a respeito da sociedade internacional, cabe agora partir para algumas observações sobre o Direito Internacional.

Considerando a existência de uma pluralidade de culturas e de formas de organização que se encontram na sociedade internacional, seus diferentes graus de complexidade e as relações que aí se estabelecem, deve se prestar a devida atenção para alguns aspectos dessa sociedade e que se julgam imprescindíveis para a compreensão do Direito que aí se manifesta.

2.2.1 Bases Sociológicas

13. A existência do Direito Internacional Público parte do pressuposto de elementos que podem ser denominados como bases sociológicas, como proposto por Albuquerque Mello. Estas bases, segundo o autor, são, principalmente, a pluralidade de Estados soberanos, o comércio internacional e ainda os "princípios jurídicos coincidentes". (MELLO, 1979, p. 37-38).

Diferentemente do que se teria diante a existência de uma "Constituição Mundial" a regular o direito de apenas um grande Estado em todo o globo, o que se tem é uma pluralidade de Estados dotados de soberania. Somente com o pluralismo de Estados subordinados direta e imediatamente à ordem internacional pode-se falar em Direito Internacional Público (MELLO, 1979, p. 37-38).

Já o comércio internacional pode ser considerado uma atividade espontânea realizada entre as mais remotas coletividades organizadas da humanidade. Seguindo o aforismo "ubi commercium ibi jus", se identifica com facilidade a elaboração de normas comerciais a partir do aparecimento das relações de comércio (MELLO, 1979, p. 38).

Finalmente, a presença de valores comuns é imprescindível para o Direito Internacional Público. Para Verdross, são as "convicções jurídicas coincidentes", ou

“*princípios jurídicos coincidentes*”, que ensejam a formulação de normas jurídicas (VERDROSS apud MELLO, 1979, p. 38).

2.2.2 Denominação Direito Internacional

14. Para melhor compreender do que trata a matéria, deve-se tomar conhecimento que até a recente culminação como Direito Internacional Público houve uma série de outras propostas para designá-lo.

Das em número indetermináveis possibilidades de enfoque histórico para se buscar as raízes da atual expressão, aqui se extrai uma linha sucinta que exprime com clareza e objetividade essa evolução denominativa.

O “*jus gentium*” do Direito Romano, sob a definição das Institutas de Gaio como “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit (...) vocaturque jus gentium*”, utilizado por Samuel Pufendorf no século XVII, foi alterado por Francisco de Vitória.

Com a substituição do termo “*homines*” por “*gentes*”, Vitória pretendeu se referir não apenas ao homem, mas às coletividades organizadas, já na Idade Moderna, trazendo então o seu “*jus inter gentes*” para formulação do conceito de “*jus gentium*” (MELLO, 1979, p. 38).

Ao final do século XVIII vem a “*International Law*” através de Jeremias Bentham que, traduzido para o francês por Étienne Dumont em 1802, chamou-se “*Droit International*” e veio assim a ser consagrado oficialmente (MELLO, 1979, p. 38-39).

Cabem aqui alguns apontamentos de natureza etimológica¹, criteriosamente observados por Albuquerque Mello. Segundo este autor, esta consagração não aponta a realidade social regulada por este direito, uma vez que não trata das relações entre nações, mas entre Estados.

Assim, sugere um equívoco de tradução, pois que o original em inglês, “*nation*”, encontra-se no sentido de Estado. Salienta também que, no idioma anglo-saxônico, na Inglaterra e EUA usa-se “*International Law*” para o Direito Internacional Público e “*Conflict of Laws*” para o Direito Internacional Privado (MELLO, 1979, p. 39).

Assim como, na Alemanha, “*Volkerrecht*”, ou “*Direito das Gentes*”, para o Direito Internacional Público e “*Privat Internationales Recht*” para o Direito Internacional Privado (MELLO, 1979, p. 39).

¹ MELLO utiliza a terminologia “*linguística*”.

Nos países de idioma latino foi consagrado o acréscimo do qualitativo Público para a distinção entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado (MELLO, 1979, p. 39).

Em 1934, Georges Scelle resgata o termo "Direito das Gentes", pois acredita ser cientificamente contestável a distinção entre direito público e direito privado e, ainda, que por "gentes" estaria se considerando, para além das coletividades organizadas, também os indivíduos. Sem maior acolhimento deste termo de significado mais amplo, Scelle passa a usar também o termo Direito Internacional Público (SCELLE apud MELLO, 1979, p. 39).

Atento a questões que vão além do território de um Estado, com a finalidade de abranger todos os “princípios que regem os fatos” que ultrapassem as fronteiras estatais, Jessup sugere ainda a “Transnational Law” (Direito Transnacional), também sem maiores repercussões (JESSUP apud MELLO, 1979, p. 40).

Vamos aqui concluir acompanhando a posição de Celso D. de Albuquerque Mello (1979, p. 40), onde “a denominação direito internacional não é correta, mas não vemos nenhum inconveniente em mantê-la, uma vez que está consagrada, desde que guardemos a restrição já enunciada”.

2.2.3 Terminologia e Metodologia

15. É importante considerar que o rigor terminológico do Direito Interno tem difícil aplicação no plano internacional e que, por motivo de política jurídica, há a necessidade de certa imprecisão terminológica no Direito Internacional. O que deve ser priorizado é facilitar a adoção das normas (MELLO, 1979, p. 51).

16. Quanto a metodologia, Celso de Albuquerque Mello lembra que o estudo do Direito Internacional Público pode ser realizado através do método dedutivo, do indutivo e, também, do misto.

Autores com orientação no Direito Natural se valem da dedução para definir as normas de relações externas dos Estados, enquanto aqueles com orientação no Direito Positivo induzem a formação de normas dos fatos; a conciliação desses dois compõe o método misto (SCHWARZENBERGER et al. apud MELLO, 1979, p. 40).

Em razão de ser falha a adoção unilateral tanto do método dedutivo quanto do indutivo, tem sido melhor aceito o método misto.

Se na dedução há forte tendência ao afastamento do substrato social para construção de princípios jurídicos inócuos, com a indução restringe-se o papel renovador da construção do Direito à mera constatação do que já existe.

A opção pelo método dialético parece ser mais acertada diante do que considera G. Lukacs a respeito da falta de estranheza recíproca e da consequente fluência mútua dos elementos de economia e os de caráter ideológico, assim como da importância do conhecimento da totalidade do processo histórico (LUKACS apud MELLO, 1979, p. 40-41).

2.2.4 A Norma Jurídica Internacional

17. Assim como o Direito Interno, o Direito Internacional possui uma ordem normativa, é dotado de sanção e a sua violação compreende ilícito; porém, segundo Aguilar Navarro, são poucas normas em número, muito abstratas e se limitam a atribuir competência, sem assinalar a materialidade da ação a executar (NAVARRO apud MELLO, 1979, p. 41).

18. Uma questão de grande destaque trata de saber se há normas imperativas ou se todas normas de Direito Internacional Público são dispositivas. Autores voluntaristas, que defendem ser a sociedade e o Direito Internacional o resultado da vontade dos Estados, não admitem as normas imperativas neste ramo jurídico (MELLO, 1979, p. 41-42).

Neste sentido, observa José F. Rezek (2000, p. 1, 2):

Os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham sido constituído objeto de seu consentimento. A criação das normas é, assim, obra direta de seus destinatários. Não há representação, como no caso dos parlamentos nacionais que se propõem a exprimir a voz dos povos, nem prevalece o princípio majoritário. A vontade singular de um Estado soberano somente sucumbe para dar lugar ao primado de outras vontades reunidas quando aquele mesmo Estado tenha, antes, abonado a adoção de semelhante regra, qual sucede no quadro das organizações internacionais [...]. Dentro da ordem jurídica estatal, somos todos “jurisdicionáveis” [...], já o Estado soberano, no plano internacional, não é originalmente jurisdicionável perante corte alguma (grifo no original). “Sua aquiescência, e só ela, convalida a autoridade de um foro judiciário ou arbitral, de modo que a sentença resulte obrigatória e que seu eventual descumprimento configure um ato ilícito”.

19. A maioria da doutrina rejeita o voluntarismo, admitindo normas imperativas, já que sem estas seria inconcebível a concepção de sistema.

A esse respeito, vale ressaltar que toda norma pode ser derogada, desde que conforme o rito de sua criação, e também que, referentemente ao princípio “pacta sunt

servanda”, poderia ser considerado como norma irrevogável, pois sem isso teríamos um anarquismo internacional (MELLO, 1979, p. 42; v. *infra*, n.º 244 e 245).

Incidentalmente pode ser citado aqui a Teoria da Imprevisão através do instituto *rebus sic standibus*.

Este pode ser lido como *enquanto as coisas estão assim*, e desta forma se tem um contraponto ao “pacta sunt servanda”, ainda que se fale em necessidade de ajuste expresso deste instituto, ou da *cláusula* “rebus sic standibus”, no contrato, em relação ao direito contratual (REBUS..., 2013).

Diante isto, ainda que a Convenção de Viena de 1969 mencione, em seu artigo 53, uma "norma imperativa de direito internacional geral [...] aceita e reconhecida pela comunidade internacional [...]”, permanece a problemática de se identificar as normas “jus cogens” (MELLO, 1979, p. 42).

Poderia se mencionar a proibição do uso da força ou a violação aos direitos fundamentais do homem, mas o “jus cogens” só seria pacífico para o direito positivo em matéria de tratados (MANIN apud MELLO, 1979, p. 42).

Na prática, após a 2ª Guerra Mundial se fala na consagração do “jus cogens” em relação à ordem pública internacional, sendo uma solicitação dos países em desenvolvimento, e no que a doutrina é unânime em concordar com a proibição do uso da força nas relações internacionais (MOSLER apud MELLO, 1979, p. 53).

Em sentido oposto, Schwarzenberger considera que para o aparecimento do “jus cogens” deve haver um poder centralizado que crie este direito, assim como deve haver um poder coercitivo na aplicação de sanções (SCHWARZENBERGER apud MELLO, 1979, p. 53).

Sobre as relações dos Estados com o Direito Internacional, Louis Henkin aponta que só há violação do direito "quando a vantagem disto é maior do que o custo dentro do contexto de sua política exterior", onde o respeito à ordem jurídica é uma necessidade imprescindível para garantia da confiança perante a comunidade internacional (HENKIN apud MELLO, 1979, p. 42-43).

Assim como, os Estados, por "hábito e imitação", e também por medo de represálias, procuram seguir o Direito Internacional no interesse de manter uma ordem razoável nas relações internacionais (HENKIN apud MELLO, 1979, p. 43).

Também se levanta a hipótese de persistir a possibilidade de violação em questões como no caso de a violação trazer melhor relação custo-benefício e no caso de se conduzir a um "fato consumado" que não justifique guerra e sem prejuízo moral de grande natureza, bem

como nos casos de ingerência público-administrativa de instituições estatais, ou na possibilidade de casos de normas jurídicas ultrapassadas (HENKIN apud MELLO, 1979, p. 43).

Frente aos atos ilícitos que um Estado acaso incorra, não é exato supor que inexistam no direito internacional um sistema de sanções, em razão da falta de autoridade central provida de força física. Tudo quanto é certo é que, neste domínio, o sistema de sanções é ainda mais precário e deficiente que no interior da maioria dos países. A *igualdade soberana* entre todos os Estados é um postulado jurídico que ombreia, segundo notória reflexão de PAUL REUTER, com sua *desigualdade de fato*: dificilmente se poderiam aplicar, hoje, sanções a qualquer daqueles cinco Estados que detêm o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU. (REZEK, 2000, p. 2-3).

20. É de se verificar que violação da norma jurídica internacional é uma possibilidade aberta a todo e qualquer sujeito de direito internacional, mas que as violações de maior repercussão são mais comuns às grandes potências, afetando maior quantidade de interesses e provocando maior ameaça.

2.2.5 Definição

21. Considerando que o critério que se assume como ponto de partida é determinante na definição de um ramo de ciência jurídica, poder-se-ia definir o Direito Internacional a partir da forma de elaboração de suas normas jurídicas, reduzindo este ramo jurídico ao produto da vontade dos Estados e às relações que estes mantêm entre si (BOURQUIN apud MELLO, 1979, p. 37).

Também é possível acompanhar o critério de Fauchille e tratar o Direito Internacional como "um conjunto de regras que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações mútuas", ao tomar por critério os sujeitos da ordem jurídica internacional (FAUCHILLE apud MELLO, 1979, p. 37).

22. A definição que melhor traduz a matéria propõe o Direito Internacional Público como as normas que regulam a sociedade internacional na figura de seus sujeitos quanto às relações externas por estes mantidas. Alfred Verdross propõe essa definição seguindo o critério da "comunidade de que as normas emanam", que "tem por objeto ordenações jurídicas concretas". (VERDROSS, 1938, p. 112 e ss.).

Os sujeitos de Direito Internacional são os Estados, as organizações internacionais e o homem. Ao assim se delimitar, está se referindo mais objetiva e especificamente ao que

pretende tratar a matéria, quer se atendo à materialidade de normas devidamente produzidas e atuantes na sociedade internacional, quer se excluindo do campo de análise as normas de foro predominantemente doméstico.

2.3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO INTERNACIONAL

23. No sentido de se reforçar a noção conexa presente entre as características de uma determinada sociedade e seu sistema jurídico, neste tópico se analisa o desenvolvimento histórico do Direito Internacional, seguindo a linha temporal clássica, acompanhando diversos exemplos de manifestação jurídica dentre variadas culturas e civilizações.

Hildebrando Accioly assume como ponto de partida a questão do isolamento em que quase sempre viviam os povos da antiguidade pagã, assim como os sentimentos de hostilidade existentes entre eles.

Considerando que “o referido isolamento era rompido, em geral, por meio de guerras de agressão e de conquista, determinadas [por] interesse material e pela consciência da força”, este autor conclui que estes fatores “eram pouco propícios à formação e ao desenvolvimento de um direito destinado a reger suas relações recíprocas” (ACCIOLY, 1976, p. 6).

Ainda considerando o isolamento, onde cada continente ou “[...] certas regiões de cada continente formavam como que mundos à parte, isolados uns dos outros”, Accioly (1976, p. 6) destaca também as diferenças no grau de civilização.

Sob esta ótica, “como todos os povos não haviam alcançado o mesmo grau de civilização”, este autor afirma que “não poderia evidentemente haver regras idênticas para todos os povos” (ACCIOLY, 1976, p. 6).

E segue para concluir que “o “jus inter gentes” primitivo muito longe estaria de possuir o caráter de universalidade que se reclama [...] para o direito internacional tal como se entende nos tempos mais próximos de nós” (ACCIOLY, 1976, p. 6).

Accioly (1976, p. 6) ainda presume que os vestígios dos primeiros rudimentos do “jus inter gentes”, e que talvez ainda hoje se encontrem, “inevitavelmente, [devem ter surgido] entre tribos ou clãs de povos diferentes (ou, pelo menos, entre povos vizinhos)”.

Seguindo o aforismo “ubi societas, ibi jus”, o fator determinante para o aparecimento de regras jurídicas destinadas a reger as relações humanas, é a coexistência. A coexistência, desde a longínqua antiguidade, de coletividades ou agrupamentos humanos politicamente organizados determinaria, naturalmente, o aparecimento de regras jurídicas (ACCIOLY, 1976, p. 6).

Em linha semelhante segue Celso D. de Albuquerque Mello (1979, p. 88):

[...] devemos admitir a existência de um Direito Internacional desde que exista uma comunidade internacional, isto é, no momento em que duas ou mais coletividades independentes passam a manter relações entre si. O que não podemos é negar a existência de um direito para regulamentar estas relações (“ubi commercium ibi jus”), simplesmente porque este direito apresentaria características diferentes das que tem hoje.

Sérgio A. Korff parte da premissa que onde existissem dois ou mais Estados, com cultura semelhante, havendo entre eles uma certa igualdade, surgiria o Direito Internacional, e ressalta que os povos antigos mantinham relações entre si, praticavam a arbitragem e conheciam o instituto das imunidades dos agentes diplomáticos (KORFF, 1923, p. 5 e ss.).

Paul Vinogradoff também admite um Direito Internacional desde a Antiguidade (VINOGRADOFF, 1923, p. 3 e ss.).

Antes de darmos início ao resgate histórico desde a Antiguidade, devemos ter em conta que, por uma questão de método, a existência do Direito Internacional desde esta fase é questionável, sendo que a maioria dos autores a nega (MELLO, 1979, p. 87).

Estudar o Direito Internacional pressupondo sua existência a partir da Reforma é o que propõe Laurent; já Wheaton, na qualidade de “primeiro historiador do Direito Internacional”, admite a existência do Direito Internacional a partir da Paz de Vestefália, enquanto Le Fur, a partir do cristianismo da igualdade entre os homens e entre os Estados (MELLO, 1979, p. 87).

Mello propõe o estudo do desenvolvimento histórico do Direito Internacional seguindo as divisões tradicionais da História, porém sem deixar de salientar a arbitrariedade desta divisão (MELLO, 1979, p. 88).

Assim, acompanhamos este autor, primeiramente observando a Antiguidade e a Idade Média, partindo para a Idade Moderna e então para a Contemporânea.

24. Em 3100 a.C., na Antiguidade Oriental, Eannatum, senhor da cidade- Estado de Lagash, e os homens de Umma, duas cidades na Mesopotâmia, firmaram o tratado mais antigo de que se tem notícia (MELLO, 1979, p. 88).

Nussbaum afirma que as fronteiras neste caso foram fixadas pelo rei de Kish, Mesilin, “provavelmente uma espécie de senhor dos príncipes”, enquanto Taube considera que Mesilin atuou como árbitro com base em um tratado (NUSSBAUM et al. apud MELLO, 1979, p. 88).

Por volta de 1300 a.C. um “tratado entre Ramsés II, rei do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas, [...] pôs fim à guerra da Síria”. Entre as cláusulas, se previa “a paz perpétua protegida [...] protegida pelas divindades [...], aliança contra inimigos, a entrega [de refugiados políticos, e o comércio” (MELLO, 1979, p. 88).

Também havia no Egito “uma chancelaria consagrada aos negócios estrangeiros e se ocupando da correspondência diplomática” (MELLO, 1979, p. 88).

A codificação do direito costumeiro indiano no Código de Manu, com divergência se do século II a.C. ou I a.C., podendo chegar a datar até do século II d.C., previa “normas sobre diplomacia [e] sobre a guerra, em que se proíbe o uso de armas pérfidas [e também] o ataque ao homem desarmado”, entre outros costumes (MELLO, 1979, p. 88-89).

A China de 2500 a.C. condenava a guerra sem motivo, no livro I- King, e “a moral internacional era o coroamento da Moral”, em 2357 a.C. Confúcius, nascido em 551 a.C., pregava a “grande união”, uma associação de Estados com personalidade própria, onde subsistia a personalidade dos Estados componentes (TCHOAN PAS, 1926).

A concepção de paz teve origem entre os judeus e se desenvolveu com o cristianismo (MELLO, 1979, p. 89).

Junto à Antiguidade Oriental, Truyol y Serra situa também Grécia e Roma na pré-história do Direito Internacional, já havendo aí a inviolabilidade dos tratados e o respeito aos embaixadores, entre outras normas internacionais (TRUYOL Y SERRA apud MELLO, 1979, p. 89).

25. Na Grécia antiga, “a arbitragem contava [...] como um meio social favorável à sua prática [do Direito Internacional], uma vez que havia a igualdade jurídica, cultura semelhante e Estados independentes”. A arbitragem podia ser facultativa ou obrigatória (MELLO, 1979, p. 89).

A noção de Estado era considerada dentro da realidade das cidades- Estado da Grécia, onde Walker defende então um Direito Intermunicipal. Ao contrário, Albuquerque Mello defende “que entre as características da “polis” está a independência política com todos os elementos de uma verdadeira soberania (Ténékides)”. (MELLO, 1979, p. 89).

Entre os institutos de Direito Internacional do mundo grego, encontramos ainda a inviolabilidade dos embaixadores e os tratados.

Nos tratados, previa-se a sua revisão e “o consentimento do Conselho e da Assembleia do povo, antes de serem “promulgados” e haver troca de ratificações”, além de serem previstas sanções da opinião pública e de natureza religiosa (MELLO, 1979, p. 89).

Também, inscrevia-se os tratados em placas de bronze alocados nos templos principais, no que seria um princípio de publicidade (MELLO, 1979, p. 89).

Mello (1979, p. 90) ainda lembra que “as modernas confederações tiveram sua origem nas “anfíctionias” gregas, sendo que a mais célebre delas foi a de Delfos”.

26. A importância de Roma para o Direito, e não apenas para nossa proposta, é inquestionável. Cabe aqui dar destaque ao que mais se aproxima do Direito Internacional.

No período de predomínio de Roma tornou o Direito Internacional daí quase insignificante, onde “a própria ‘Pax Romana’ foi uma paz imposta, já que praticamente não havia igualdade jurídica entre Roma e os Estados que com ela contratavam”. Considerar o estrangeiro como inimigo “acarretava que durante a guerra [...] seus bens não tinham nenhuma tutela” (MELLO, 1979, p. 90).

A amenização desta prática se deu com a paulatina “admissão do princípio da inviolabilidade dos prisioneiros de guerra”, e assim se desenvolveram normas de aspecto internacional (MELLO, 1979, p. 90).

A figura do pretor peregrino influenciou o desenvolvimento do “jus gentium”, utilizado nas relações entre romanos e estrangeiros, formado pelas normas do direito romano que os estrangeiros podiam invocar. Os romanos, a fim de facilitarem as relações comerciais com os estrangeiros, admitiram que certas normas de seu direito fossem aplicadas também aos estrangeiros (MELLO, 1979, p. 90).

Mello também afirma que os autores não conseguem chegar a um acordo sobre o significado do “jus gentium”. Mommsen declara que o “jus gentium” só regula as “relações de comércio privado”. (MOMMSEN apud MELLO, 1979, p. 102).

Atuando como uma espécie de “direito público externo”, o “jus fetiale” romano “era o conjunto de normas utilizadas nas relações com nações estrangeiras, possuindo caráter religioso e jurídico [...], não era o direito feial um verdadeiro Direito Internacional [pois] não era elaborado pela sociedade internacional, mas um direito nacional de Roma”. (MELLO, 1979, p. 90).

Com inúmeras atribuições, de natureza religiosa, política e judicial, o colégio dos feciais atuava em questões de guerra e de tratados. Os feciais tiveram sua importância gradativamente reduzida “com o alargamento das fronteiras de Roma e foram substituídos por membros do Senado, [sendo que] já não existiam no final do século III da era cristã” (MELLO, 1979, p. 90-91).

Entre os tratados, Roma tinha os “amicitia”, “hospitium” e “foedus”. O “amicitia” garantia a vida e os bens do estrangeiro que se comprometesse a “não auxiliar os inimigos de

Roma. O “*hospitium publicus*” [...] estipulava a hospitalidade pública e a “recíproca tutela jurídica nas relações de direito privado” (MELLO, 1979, p. 91).

Já o “*foedus*” estabelecia um estado de paz permanente através da união entre os signatários. Segundo Miaja de la Muela, o ‘*foedus*’ era “o pacto já ratificado e com força vinculante” (MELLO, 1979, p. 91).

Reforçando que o instituto da ratificação surgiu em Roma, Albuquerque Mello conclui que, se em Roma não houve um Direito Internacional como hoje o entendemos, não podemos negar que diversos [de seus] institutos ali se desenvolveram (MELLO, 1979, p. 92).

27. Já na Idade Média, o Papa era o árbitro supremo. A Igreja, contrária às guerras privadas, exerceu um papel altamente benéfico no sentido de humanizar as guerras medievais. Através da excomunhão, o Papa tinha poder para lutar contra os príncipes (MELLO, 1979, p. 92).

O instituto da Paz de Deus distinguiu beligerantes de não beligerantes, proibindo a destruição das colheitas e dos instrumentos agrícolas, impondo respeito aos camponeses, aos comerciantes, aos peregrinos, às mulheres, aos viajantes e a todos os seus bens (MELLO, 1979, p. 92).

Além do caráter humanitário, este instituto tinha um aspecto eminentemente prático, pois evitava o flagelo da fome, tão comum no período medieval (MELLO, 1979, p. 92).

Enquanto que, a Trégua de Deus surgiu em 1027, no Concílio de Elna, e, inicialmente, proibía a guerra no sábado, das três horas da tarde, às seis da manhã de segunda-feira. Com o intuito de permitir o “dever dominical”, acabou por se estender a dias santos, feriados e, finalmente, à maior parte do ano (MELLO, 1979, p. 92).

Tanto que, em 1123, 1139 e 1179, os concílios de Latrão estenderam a trégua de Deus para toda a cristandade e as suas decisões foram incluídas no direito canônico (MELLO, 1979, p. 92).

O que Frédéric Duval veio a denominar de “medida de polícia”, a Quarentena do Rei tinha por finalidade restringir as guerras privadas neste período de tempo durante o qual o rei deverá julgar a questão. Este “*quarantua regis*” se desenvolveu com o fortalecimento do poder civil e acarretou o desaparecimento da Trégua de Deus (DUVAL apud MELLO, 1979, p. 92-93).

A instituição do “*asseurement*”, ou “garantia”, era uma promessa solene que uma pessoa dava a uma outra de se abster de todas as violências em relação a ela (Esmein) MELLO, 1979, p. 93).

Enquanto a “*quarantua regis*” só era acessível aos nobres, a “*asseurement*” era aplicada aos nobres, aos clérigos e aos plebeus. Por fim, em 1304, Filipe o Belo proibiu as guerras privadas e todos os atos contrários aos bons costumes (MELLO, 1979, p. 93).

Albuquerque Mello (1979, p. 93) ainda presume que “a maior contribuição da Igreja talvez tenha sido o conceito de guerra justa, desenvolvido por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino”.

Dentre estes, São Tomás de Aquino estabeleceu três condições necessárias para se configurar guerra. Primeiramente, que “fosse declarada pelo príncipe, [...] a autoridade pública competente; [que tenha uma causa justa, um direito violado], e a intenção dos beligerantes de promover um bem ou evitar um mal” (MELLO, 1979, p. 93).

É do período medieval “a divisão do direito internacional em direito da guerra e direito da paz”, ainda hoje utilizada. Há, neste período, um “movimento normativo”, no setor “das relações diplomáticas e das relações comerciais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 50).

Em especial, no término da Idade Média ocorre “uma regulamentação comum a toda Europa da função diplomática e dos privilégios e imunidades diplomáticas”, com a criação “dos Ministérios dos Negócios Estrangeiros e das embaixadas permanentes” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 50).

Ernest Nys, com critério, chegou a afirmar que “a origem de quase todas as instituições internacionais modernas deve ser procurada na segunda metade da Idade Média”. (NYS apud PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 51).

28. Na Idade Moderna, “a supremacia do Papado foi destruída pela Reforma. [Quebrou-se] a unidade do mundo cristão, [...] os Estados nacionais se fortaleceram [e] Bodin precisou [da] noção de soberania” (MELLO, 1979, p. 94).

No contexto de rompimento com o Papado e da necessidade de afirmação do poder do rei com vistas a evitar o anarquismo, ocorre a “transformação das monarquias europeias em Estados modernos” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 52).

Pioneira no rompimento com o papado, a Inglaterra não teve seu poder central enfraquecido pelo feudalismo. Na Guerra dos Cem Anos travada entre Inglaterra e França, esta se vê fortalecida em um sentimento de nacionalismo e união (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 52).

Com a criação de mecanismos essenciais ao Estado, esses dois países iniciam a organização do poder estatal, centralizando o exercício de funções sobre um território definido (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 52).

Jean Bodin (1530-1596) defende a construção do Estado para consolidar o poder real. A partir da conceituação de uma soberania una e indivisível, dentro do contexto político da época, sugere a regra político-jurídica de três elementos: Estado, soberania, monarca (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 52-53).

Ainda, o aspecto externo de soberania, na luta contra o imperialismo e o papado, e o aspecto interno, contra o feudalismo, constituem então o princípio da soberania do Estado (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 52-53).

Paralelamente, a emergência de uma comunidade intelectual, com a orientação humanista do Renascimento, e a evolução em matéria de navegação marítima, possibilitou as empresas de evangelização, intensificou a comunicação e as trocas comerciais na Europa (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 51).

Ocorre a consolidação da diplomacia e a continuidade do movimento normativo, com surgimento de várias regras relativas à navegação e à aquisição de terras longínquas, bem como a instituição do princípio da liberdade dos mares (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 51).

Esse movimento porém ainda não se caracterizava propriamente como um direito. Para isso faltava um sistema que unificasse essas normas. (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 51).

29. O período do fim da Idade Média à Revolução Francesa é decisivo para o direito internacional.

Diante a necessidade de dar coerência às regras emergentes, surge, progressivamente, um sistema de “interestatismo”, ou “sistema interestatal”, onde ocorre então a formação dos traços característicos do “sistema de direito internacional interestatal” (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 51-52).

“Qualificado já de “clássico”, este sistema continua ainda, nos nossos dias, a reger as relações internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 51-52).

Sem aquela unidade política e religiosa do mundo cristão, a Europa se via diante a reorganização política do continente. Inicialmente de cunho religioso e político, a Guerra dos Trinta Anos gerava grande instabilidade na Europa central (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

“A partir de 1635, a guerra orientou-se para uma luta de influências entre a Coroa francesa e a espanhola, [e] terminou com a conclusão de dois tratados, em 14 e 24 de Outubro de 1648”, os tratados de Vestefália (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

A legalização formal de novos Estados consagra “a dupla derrota do imperador e do papa”, e, ainda, “por outro lado, a vitória das monarquias sobre o papado é confirmada não só

no plano político, mas também no religioso, instituindo-se, assim, a liberdade religiosa total” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

Aqueles tratados resultam uma nova carta política para a Europa, e “qualificaram-nos como Carta Constitucional da Europa” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

Os Tratados de Vestefália “assentam os primeiros elementos de um “direito público europeu”, [e] a soberania e a igualdade dos Estados são reconhecidos como princípios fundamentais das relações internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

Estes tratados são “a consagração da nova ordem interestatal europeia”, e, ainda, “juridicamente, podem ser considerados como ponto de partida de toda evolução do direito internacional contemporâneo” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 53).

Também desta fase, na França de 1681 se cria a Ordenança da Marinha, “elemento acessório para formação do Direito Internacional Marítimo” (MELLO, 1979, p. 94).

30. A Revolução Francesa, que a partir de 1789 marca o início da Idade Contemporânea, provocou profundas repercussões no Direito Internacional Público.

Em decorrência do princípio das nacionalidades desenvolvido nesta Revolução, ocorreu a unificação da Itália e Alemanha no século XIX, foi instituído o plebiscito, e aí também consagrou-se a proibição da guerra de conquista. A declaração dos Direitos dos Povos veio em 1795 (MELLO, 1979, p. 94).

A estabilidade do sistema interestatal europeu que parecia garantida pelo fundamento monárquico tradicional poderia ser ameaçada pela transição do Estado senhorial ao Estado nacional. Porém, “o Estado não desaparece, deixa de ser do domínio do príncipe para se identificar com a nação e fundir com ela” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 62).

O ideal nascido “das revoluções americana e francesa do fim do século XVIII, não põe em causa nem o Estado soberano nem o sistema interestatal” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 62).

O princípio das nacionalidades, em estreita relação com o princípio do direito dos povos à autodeterminação, onde “cada nação tem o direito [...] de se constituir em Estado independente”, é “simultaneamente revolucionário e conservador”. Revolucionário, pois, “como o princípio da soberania nacional, [...] se opõe à ordem europeia estabelecida pelos Estados monárquicos com base na conquista ou na sucessão”. E também “é conservador, pois ao legitimar o Estado nacional, legitima igualmente o Estado soberano tradicional”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 64).

Em 1815, “o Congresso de Viena, o segundo dos grandes congressos europeus, tomou deliberações da maior importância para o Direito Internacional” (MELLO, 1979, p. 95).

Tratou-se aí sobre “a internacionalização dos grandes rios europeus, [...] foram tomadas decisões contra o tráfico negreiro, a Suíça foi declarada e reconhecida neutra permanentemente, [...] etc.” (MELLO, 1979, p. 95).

Em 26 de setembro de 1815 foi concluído o tratado da Santa Aliança, entre Rússia, Prússia e Áustria, segundo Bourquin sem sentido reacionário, mas com a finalidade de “recomendar aos chefes de Estado que submetessem a sua autoridade e o seu poder aos princípios cristãos” (BOURQUIN apud MELLO, 1979, p. 95).

Segundo Mello (1979, p. 95), a adesão da Inglaterra à Santa Aliança, formando a Quádrupla Aliança em 20 de novembro de 1815, e à esta a adesão da França, formando a Quintupla Aliança em 1818, “era a continuação de uma aliança constituída [...] para lutar contra Napoleão [e] visava à solução em comum dos grandes problemas do continente”.

Esta aliança teve importantes consequências. Aí se afirmou o princípio da intervenção; em Carlsbad de 1819 “foram tomadas medidas contra as universidades; Troppau (1820), [...] se firmou um protocolo [de não reconhecimento] de governo surgido de movimento revolucionário”. (MELLO, 1979, p. 95).

Em Laybach (1821) se decidiu pela intervenção em Nápoles. Oposta à intervenção na Espanha, a Inglaterra se retira do Congresso de Verona de 1822, “enfraquecendo a Pentarquia de modo definitivo”. (MELLO, 1979, p. 95).

Esta aliança de potências europeias se revestiu na “forma efêmera do Diretório europeu”, institucionalizado no art. 6.º do Tratado de Paris de 20 de Novembro de 1815. O texto deste artigo trazia a seguinte redação.

Para facilitar a execução do presente tratado e consolidar as relações íntimas que unem hoje os soberanos para a felicidade do mundo, as Altas Partes Contratantes puseram-se de acordo em renovar, periodicamente, quer sob os auspícios imediatos dos soberanos, quer pelos seus ministros respectivos, reuniões consagradas aos grandes **interesses comuns** e ao exame das medidas que, em cada uma destas épocas, se julgarem mais salutares para o repouso e a prosperidade dos povos e para a manutenção da paz na Europa. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

Mesmo efêmera, a aliança destas potências possuía “verdadeiras funções “governamentais”, [...] um rudimento de organização através de “congressos” periódicos” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

Mesmo diante o rompimento dessa aliança, “subsiste a ideia de que as grandes potências devem concertar-se sobre os grandes problemas [, em um processo conhecido] sob a forma do Concerto europeu”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

Iniciado no início do século XIX, “mediante a realização de conferências quando os assuntos de interesse coletivo o exigem, o “Concerto europeu” traduz a permanência desta necessidade de ação coletiva” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

As grandes potências ora “arrogam-se o monopólio da representação da comunidade internacional (Conferência de Londres de 1831, sobre o caso da independência belga)”, ora aceitam “alargar a lista dos participantes a Estados médios ou extra- europeus (Congresso de Paris de 1856 , depois da Guerra da Criméia; Conferência de Berlim de 1885 sobre questões coloniais)”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

Ainda no século, XIX, “em 1855, a Conferência Africana de Berlim tratou dos territórios da bacia do Congo, criando novo requisito para sua ocupação: a efetividade e a notificação aos demais Estados”. (MELLO, 1979, p. 96).

E ainda, “em 1899 se reuniu a 1ª Conferência de Paz de Haia, por proposta do Czar Nicolau da Rússia, [que] criou a Corte Permanente de Arbitragem de Haia, na convenção para solução pacífica dos litígios internacionais”. (MELLO, 1979, p. 96).

31. A partir do século XX “as conferências abertas às “potências interessadas” tornaram-se processos “normais” de resolução coletiva” das questões internacionais (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 68).

Destaque para a 2ª Conferência da Paz de Haia de 1907, de iniciativa dos EUA e da Holanda, com 44 países, onde se convencionou, entre outras, a regulamentação pacífica dos conflitos internacionais; a limitação do emprego da força para cobrança de dívidas contratuais, e, o estabelecimento de uma Corte Internacional de Presas (MELLO, 1979, p. 96-97).

E também ressaltando a Declaração da Conferência Naval de Londres de 1909, sobre a qual, no início da 1ª Guerra Mundial, os beligerantes declararam que se pautariam, “até que a Alemanha iniciou a guerra submarina indiscriminada”. (MELLO, 1979, p. 96-97).

Em referência às conferências e congressos internacionais, Michel Virally afirma que “o significado real desses repetidos encontros é que, hoje como ontem, as “grandes potências” concedem a si próprias um papel decisivo na condução dos assuntos mundiais”. (VIRALLY apud PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69).

E conclui que “perante o aumento dos problemas que assaltam a sociedade internacional actual, a sua acção colectiva apareceu mesmo como a única alternativa possível à organização mundial”. (VIRALLY apud PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69).

32. Encerra-se aqui esse desenvolvimento histórico diante a eclosão da 1ª Guerra Mundial e considerando que será resgatado esse desenvolvimento diante essas e outras questões mais recentes quanto à consolidação do direito internacional, no terceiro capítulo.

Parte-se agora para analisar as fontes do direito internacional, assunto imprescindível e de suma importância para a compreensão da proposta.

3 A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

33. Vimos até agora, em linhas gerais, o ambiente de manifestação do direito internacional, o substrato físico, material, de onde nasce o fenômeno jurídico, para procurar situar no desenvolvimento histórico mais amplo a emergência da ordenação do sistema jurídico internacional.

Diante o resgate sociológico e histórico, se verifica que o Direito Internacional atinge um ponto de desenvolvimento e maturação de tal maneira avançado já no início do século XX.

Deve-se orientar a perspectiva de observação para uma análise mais criteriosa quanto a materialidade do corpo jurídico formado no intuito de se enfatizar a cientificidade da proposta. Para isso, trata-se de levantar a questão da formação do Direito Internacional.

A constatação dessa formação perpassa o tema de saber a origem histórica, sociológica, ou o fundamento da norma internacional, para unicamente admitir a existência de um corpo de normas que atuam na sociedade internacional.

Independentemente de orientações de valor, de ideologia ou doutrinárias, deve ser levado em conta que a manifestação do direito internacional se dá através de suas fontes.

3.1 A FORMAÇÃO DAS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL

34. A importância do estudo do tema das fontes é saliente quando se verifica haver publicistas que, após breves linhas de explanação sobre a parte geral do Direito Internacional, partem praticamente de imediato à apresentação das fontes jurídicas internacionais.

Sem pormenores, buscam nos estatutos de direito internacional a apresentação do rol das fontes, daí respectivamente seguindo determinada orientação doutrinal.

Na nona página de sua obra, José Francisco Rezek (2000, p. 9) faz a apresentação do rol das fontes do Estatuto da Corte de Haia, de 1920, para buscar aí a vocação universal do alcance deste instrumento.

Extraí daí, então, “um arrolamento das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, *normas internacionais*”, quais sejam, os “*tratados, os costumes e os princípios gerais do direito*” (REZEK, 2000, p. 9).

E prossegue o mesmo autor sobre o referido estatuto, acrescentando que este também “fez referência à *jurisprudência* e à *doutrina* como meios auxiliares na determinação das

regras jurídicas, e facultou, sob certas condições, o emprego da *equidade*”. (REZEK, 2000, p. 9).

Se parte daí para a exaustão do tema e, em interpretação particular, acrescentando-se o que ainda também merece guarida como fonte, quais são “os atos unilaterais e as decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais”. (REZEK, 2000, p. 9).

Sobre a formação do Direito Internacional devemos levar em conta a complexidade dos processos que aí se desenvolvem, e é próprio ser considerado sobre o tema com objetivo de alcançar rigor e amplitude científica.

Notadamente praxista e não menos rigorosa nem menos ampla, a exploração da realidade material de existência desse direito é essencial e também contribuinte no processo de desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional, quanto mais como iluminador de uma vasta realidade que permeia a vida internacional.

35. Quando se dedica à introdução das fontes do Direito Internacional Público, Celso A. Mello (1979, p. 120) demonstra as possibilidades de repercussão quanto à produção de um processo de conhecimento metodológico e detalhadamente criterioso de pretensão científica no que toca o estudo do tema.

Levanta este autor “o estudo do ato jurídico no Direito Internacional Público, [que] tem sido objeto de raros trabalhos” (MELLO, 1979, p. 120).

36. Considerando que “o ato jurídico pode ser definido como a manifestação de vontade de um ou mais sujeitos do Direito Internacional destinada a criar direitos e obrigações no Direito Internacional Público [, deve] possuir os seguintes elementos”. (MELLO, 1979, p. 120).

Em primeiro lugar, “a capacidade do autor do ato – sendo que em princípio os Estados têm uma capacidade ilimitada (exceções, por exemplo, do Estado protegido)”, e ainda que, “as organizações internacionais têm uma capacidade limitada pelos próprios fins que foram criadas”. (MELLO, 1979, p. 120).

Seguido da “imputação do ato realizado por um órgão ao próprio sujeito do Direito Internacional – no Direito dos tratados [...] denominado de habilitação dos agentes signatários”. (MELLO, 1979, p. 120).

Ainda, sobre a “manifestação de vontade – [...] no Direito Internacional prevalece a vontade declarada” (MELLO, 1979, p. 120).

Podendo a manifestação de vontade ser implícita ou explícita, raramente prevalece “a intenção real dos autores do ato [, como] na convenção de Viena sobre os tratados de que uma

palavra pode ser compreendida em sentido particular se tiver sido esta a intenção das partes”. (MELLO, 1979, p. 120).

Finalmente, “o objeto do ato deve ser lícito – assim sendo não pode violar uma norma de “jus cogens”” (MELLO, 1979, p. 120).

Citando Jean-Paul Jacque: “o recurso ao jus cogens é o passo em direção a um controle da licitude do objeto dos tratados em direito internacional público” (JACQUE apud (MELLO, 1979, p. 120).

Sobre essa questão, devemos lembrar a dificuldade de determinação das normas de “jus cogens”, quando tratamos a respeito da norma jurídica internacional (v. *supra*, n.º 18 e *infra*, n.º 231-246).

37. Feitas essas considerações a respeito do ato jurídico internacional, Mello (1979, p. 120-121) aborda uma possível classificação. Assim sendo, quanto à classificação dos atos jurídicos internacionais, este autor propõe a divisão em atos unilaterais, atos convencionais, e atos mistos.

Os “atos unilaterais – [emanam] de uma única manifestação de vontade”. Acresce afirmando que “esta pode emanar de um órgão coletivo. Pode neste caso criar uma norma destinada a ser aplicada a sujeitos de direito que não participaram de sua elaboração” (MELLO, 1979, p. 120).

Já no que diz respeito aos atos convencionais encontra-se um “encontro de vontades emanando de vários sujeitos de direito”, sendo “[aplicáveis] apenas a quem participou da elaboração”. (JACQUE apud MELLO, 1979, p. 120).

Quanto aos atos mistos, “são aqueles atos convencionais que criam obrigações para terceiros”. São atos unilaterais para terceiros, e convencionais para seus autores, a exemplo da Carta da ONU e da neutralidade permanente da Suíça, “estabelecida por um tratado em que ela não participou”. (MELLO, 1979, p. 121).

38. Valendo-se da caracterização de Favre, onde o ato jurídico é “uma manifestação de vontade visando a um efeito jurídico que se produz, porque ele é desejado por seu autor e que o direito sanciona este querer”, temos que “o ato jurídico é formado pela vontade e pela ordem jurídica que dá efeitos jurídicos a esta mesma vontade”. (MELLO, 1979, p. 121).

39. Fazendo estas considerações sobre o ato jurídico com enfoque em nossa matéria, devemos levar em conta “a distinção entre fonte e ato jurídico. A nosso ver a noção de fonte não exige o elemento da vontade, como é o caso do costume”. (MELLO, 1979, p. 121).

Considerando ainda que “a fonte dá origem a uma norma que em princípio “rege um número indeterminado de situações”, [então] nem todo ato jurídico é fonte do Direito Internacional Público”. (MELLO, 1979, p. 121).

Embora esta distinção “[sirva] para a maioria dos casos, [ela] não é perfeita, [pois] os tratados-contratos regem situações particulares e são considerados fonte do Direito Internacional”. (MELLO, 1979, p. 121).

E também diante de que “no Estatuto da Corte Internacional de Justiça a jurisprudência não figura como fonte, [mas como] elemento subsidiário, [e ainda assim] as sentenças internacionais têm sido consideradas ato jurídico”. (MELLO, 1979, p. 121).

Então, no sentido de atenuar as arestas de incertezas geradas na tentativa de aproximar o conceito de fonte à noção de ato jurídico, devemos nos direcionar ao que é mais atinente ao papel da fonte propriamente no Direito internacional. Ao que, esta análise prévia fornece alguns elementos.

40. Partindo da afirmação de que as “fontes do Direito Internacional constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica”, contudo sem “com isto negar a existência das denominadas fontes materiais, isto é, os elementos histórico, social e econômico”, defende-se que “interessam diretamente ao estudo do direito positivo somente as fontes formais” (MELLO, 1979, p. 116).

Resgatando Aréchaga, fontes são “os modos formais de constatação do Direito Internacional”. (ARÉCHAGA apud MELLO, 1979, p. 116).

Ainda sobre isto, em Pellet, Dinh e Daillier, (2003, p. 113), “as fontes *formais* do direito são os *processos* de elaboração do direito, as diversas técnicas que autorizam a considerar que uma regra pertence ao direito positivo”.

41. Preliminarmente cumpre então lembrar a diferença entre as fontes formais diante a ordem jurídica interna ao Estado e diante à ordem internacional, mais especificamente quanto ao modo de produção das normas jurídicas,

Perassi observa que a diferença entre a norma interna e a internacional é que na ordem jurídica interna, a norma é produzida por “via autoritária (“são declarações de vontade do Estado ou de outros entes os quais o direito atribui o poder de criar normas... que valem para determinados sujeitos independente de suas vontades”)). (PERASSI apud MELLO, 1979, p. 117).

Sendo que, “na sociedade internacional não existe um “ente distinto” das pessoas internacionais capaz de produzir normas jurídicas válidas para todos”. (MELLO, 1979, p. 117).

Esta observação resgata o tema introdutoriamente visto acerca da norma jurídica internacional (v. *supra*, n.º 18), em que José F. Rezek (2000, p. 2), tratava sobre o modo de produção da norma interna, onde, “dentro da ordem jurídica estatal somos todos “jurisdicionáveis” [...]”.

Retoma-se aqui a íntegra desse texto, no que agora é pertinente. Pois que “[em direito interno] somos todos “jurisdicionáveis”, dessa contingência não escapando as pessoas jurídicas de direito público interno” (REZEK, 2000, p. 2).

E ainda, “quando alguém se dirige ao foro para demandar contra nós, [...] não se nos pergunta vestibularmente se aceitamos ou recusamos a jurisdição local: é imperioso aceitá-la, e a opção pelo silêncio só nos poderá trazer maior transtorno”. (REZEK, 2000, p. 2).

Mais à frente, quando trata a respeito do fundamento do direito internacional, Rezek (2000, p. 3) coloca ser “compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente “reconheceram” ou “construíram””.

E acrescenta que este consentimento pode ser “criativo”, “[...] como quando se trata de estabelecer uma norma sobre a exata extensão do mar territorial, ou de especificar o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos [...]” (REZEK, 2000, p. 3).

Assim como, o consentimento “pode ser apenas “perceptivo””, no caso do consentimento dos Estados “em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam [...] num imperativo ético [...]” (REZEK, 2000, p. 3).

Resgatando as considerações feitas sobre atos jurídicos (v. *supra*, n.º 37), este consentimento “perceptivo” do Estado, ou, reconhecimento de um direito por parte do Estado, pode ser identificado com aquela noção de ato jurídico unilateral e de ato misto, onde sujeitos são obrigados por normas independentemente de participação na sua elaboração.

E aquele consentimento “criativo” se identifica com o ato jurídico convencional, onde o acordo de vontades produz efeitos apenas a quem participa na sua elaboração.

42. Apesar de se denunciar aí, em Rezek, uma confusão entre fonte e fundamento, estas considerações a respeito do modo de produção da norma internacional trazem à tona um segundo aspecto sobre as fontes de Direito Internacional.

Trata-se de saber a respeito das duas grandes concepções sobre as fontes formais no Direito Internacional, quais são a corrente positivista e a objetivista.

Neste sentido, é salutar lembrar as considerações com as quais Hildebrando Accioly (1976, p. 3) abre a questão das fontes em sua obra:

Quais as fontes donde emanam os direitos e obrigações regulados pelo direito internacional?

Cumpra assinalar, preliminarmente, que elas são de duas naturezas, por isto que toda relação jurídica pode ser concebida sob dois aspectos: um, fundamental, racional ou objetivo; e outro, formal, positivo. No primeiro caso, existe uma fonte *real*, que é verdadeira, a fundamental; no segundo caso, existem fontes *formais*, ou *positivas*, isto é, que dão uma forma positiva ao direito objetivo, preexistente, e o apresentam sob o aspecto de regras aceitas e sancionadas pelo poder público. A primeira é constituída pelos *princípios gerais do direito*. As outras são: *o costume e os tratados ou convenções internacionais*.

Ainda que Accioly também anuncie aquela confusão entre fonte e fundamento, como Rezek, e que previamente ainda sugere a identificação dos princípios gerais do direito como sendo aspecto objetivo do direito, distinto do aspecto positivo, o que predominantemente pretende ser demonstrado aqui é justamente a distinção de orientação do direito internacional entre positivo e objetivo.

43. Tendo na doutrina italiana seus principais defensores, a corrente positivista também pode ser denominada de voluntarista (MELLO, 1979, p. 117).

Com o que destaca Anzilotti, o sentido formal da fonte das normas jurídicas se constitui “pelas manifestações de vontade a que a norma fundamental do ordenamento jurídico atribui o valor das regras de conduta dos seus membros”. (ANZILOTTI apud MELLO, 1979, p. 117).

No mesmo sentido, Cavaglieri considera como a única fonte do Direito Internacional a “vontade comum dos Estados”. (CAVAGLIERI apud MELLO, 1979, p. 117).

Segundo esta corrente, a manifestação de vontade, nos tratados, é expressa; nos costumes, tácita (MELLO, 1979, p. 117).

Fica evidente em ambas defesas citadas a presença imprescindível e central do requisito da subjetividade estatal, qual seja, a vontade.

44. As críticas de Borchard a esta corrente se fundamentam no argumento de que “se o Direito Internacional repousasse no consentimento, ele seria uma simples obrigação moral, uma vez que o Estado poderia retirar a sua vontade quando bem entendesse” (BORCHARD apud MELLO, 1979, p. 117-118).

Além de “que a vontade estatal só é necessária para a nova legislação internacional (codificação) através de tratados internacionais”, e, também, que “a obrigação de o Estado respeitar o costume “constitui uma condição de sua admissão e do seu reconhecimento contínuo como membro da família das nações””. (BORCHARD apud MELLO, 1979, p. 117-118).

A esse respeito, pode ser acrescentado que “a norma costumeira sendo geral, torna-se obrigatória para todos os Estados membros da sociedade internacional, mesmo para aqueles que não manifestaram a sua vontade no sentido de sua aceitação”, diante do que se conclui que a “concepção voluntarista é insuficiente para explicar [...] o costume internacional”. (MELLO, 1979, p. 117).

Com expoentes como Georges Scelle, Hildebrando Accioly e Charles de Visscher, a teoria de concepção objetivista distingue fontes formais e materiais como sendo as materiais “as verdadeiras fontes do direito”, e as formais, como “meios de comprovação” que “se limitam a formular o direito”, e é a corrente mais adotada atualmente (MELLO, 1979, p. 118).

Celso D. de A. Mello (1979, p. 116) faz uma ilustração exemplificativa da distinção entre fontes formais e fontes materiais em um parágrafo de síntese insubstituível:

Os doutrinadores têm sido unânimes na apresentação da imagem do curso de água para distinguir as fontes materiais das fontes formais. Observam eles que, se seguirmos um curso de água, encontraremos a sua nascente, que é a sua fonte, isto é, o local onde surge a água. Esta é a fonte formal. Todavia, existem diversos outros fatores (ex.: composição do solo, pluviosidade etc.) que fizeram com que a água surgisse naquela região. Estes elementos que provocam o aparecimento das fontes formais são denominados de fontes materiais.

45. Retomando aquelas considerações iniciais que preliminarmente levaram ao estudo do modo de produção da norma interna em relação à norma internacional, o que em seguida conduziu à distinção entre o positivismo e o objetivismo, cabe agora tratar de terceiro aspecto levantado sobre as fontes da nossa matéria.

As fontes “têm o nome de formais porque dão a “forma exterior reconhecível e especializada às diferentes categorias de regras””, conforme colocado por Scelle, assim como “toda fonte formal é de direito positivo, porque ela é a expressão parcial das condições de existência e de permanência do fato social e é este fenômeno de derivação que confere às fontes formais sua validade” (SCELLE, 1935, p. 400 e ss.).

Conforme defendido por Celso D. de Albuquerque Mello (1979, p. 118), “esta posição tem a grande vantagem de chamar a atenção para o “dado” social, em sentido amplo, ao estudarmos o Direito Internacional”, lembrando este autor que, “todavia, como já afirmamos, ao Direito Positivo só interessam as fontes formais, enquanto as materiais não pertencem a ele”.

Estes últimos aspectos atribuídos às fontes materiais resgatam não apenas os elementos histórico, social e econômico, como aludem igualmente ao tema introdutório desta

exposição, mais especificamente quanto ao elemento pressuposto acerca da existência do Direito Internacional, as Bases Sociológicas, quais são a pluralidade de Estados soberanos, o comércio internacional e ainda os "princípios jurídicos coincidentes" (MELLO, 1979, p. 37-38, v. *supra*, n.º 13).

Definindo com Mello (1979, p. 118) que “as fontes materiais são utilizadas para estudarmos a origem das fontes formais e nos auxiliam na sua interpretação”, concluimos, também com este autor, que “a fonte formal é um simples reflexo da fonte material”.

46. Na mesma linha, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 114) se lembra que, “se as fontes formais do direito são as únicas pelas quais as normas acedem ao direito positivo”, também “as fontes materiais são cada vez mais levadas diretamente em consideração pelo direito, enquanto participam no processo de emergência do direito positivo”.

Ainda considerando que “a distinção entre fontes já não tem o mesmo significado, nem o mesmo alcance, sobretudo se estamos menos interessados no conteúdo “definitivo” da norma do que nas suas modalidades de estabelecimento” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 114).

Deve se destacar também que “as fontes formais do direito internacional conservam [...] toda sua importância”, na perspectiva onde “servem de apoio às fontes materiais constituídas por comportamentos estatais e o resultado oficioso de negociações ainda inacabadas” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 114).

Conclui Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 114) que “mais do que a própria fonte formal, é portanto o processo de formação do direito (o *law-making process*) no seu conjunto que se torna necessário tomar em consideração”.

Feitas essas observações, passa-se então a dedicar devida atenção às fontes formais do direito internacional enquanto modalidades de formação do ordenamento jurídico internacional, a partir de seus principais institutos, para então poder tratar de seus exemplos especificadamente.

3.2. ROL DAS FONTES

47. Em conformidade com a linearidade temporal de apresentação do Desenvolvimento Histórico do Direito Internacional, suspendida ao final do primeiro capítulo (v. *supra*, n.º 31), a primeira parte deste segundo capítulo se mostra como uma forma de parênteses, e tem por finalidade fornecer embasamento teórico e genérico para compreensão do que se pretende demonstrar.

48. Assim sendo, oportuna e incidentalmente se resgata aqui, nesta segunda parte, o texto do artigo 7.º da XII Convenção de Haia de 1907, com o aí criado Tribunal Internacional de Presas, bem como o texto do artigo 38.º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 114-115).

Apesar de não ter entrado em vigor, o texto que estabelecia a criação do Tribunal de Presas “foi uma das primeiras convenções concluídas na Conferência de Haia de 1907” (MELLO, 1979, p. 118).

49. Conforme o citado artigo 7.º, as fontes formais do direito a serem aplicadas eram enumeradas da seguinte forma:

Se a questão de direito estiver prevista por uma Convenção em vigor entre o beligerante captor e a Potência que for parte do litígio ou cujo nacional for parte dele, o Tribunal se conformará com as estipulações da mencionada Convenção.

Não existindo essas estipulações, o Tribunal aplica as regras do Direito Internacional. Se não existirem as regras geralmente reconhecidas, o Tribunal decide de acordo com os princípios gerais do direito e da equidade. (MELLO, 1979, p. 118).

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 115): “esta disposição designava por “regras de direito internacional”, regras consuetudinárias gerais”.

O Tribunal Internacional de Presas, em conformidade com sua pretensão de jurisdição internacional, pedia consenso universal, e este “não era o caso da supracitada Convenção de Haia [1907], que não entrou em vigor”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

50. Já o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945 trazia o seguinte texto, em seu artigo 38.º.

1. O Tribunal [, cuja função é resolver os litígios que lhe sejam submetidos, em conformidade com o direito internacional,] aplica:

- a. as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados em litígio;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito;
- c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob reserva da disposição do artigo 59.º, as decisões judiciais e os ensinamentos dos publicistas mais qualificados das várias nações como meio auxiliar para a determinação da regra de direito.

2. A presente disposição não prejudica a faculdade de o Tribunal decidir *ex aequo et bono*, se as partes estiverem de acordo. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

Este texto de 1945 vinha aprimorar a redação do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, de 1920, expressamente no que diz respeito a salientar a função e a competência do Tribunal (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

Pois se o texto anterior se limitava ao que “O tribunal aplica [...]”, o de 1945 introduz “O Tribunal, cuja função é resolver os litígios que lhe sejam submetidos, em conformidade com o direito internacional, aplica [...]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

Seja como for, estes dois últimos estatutos indicam “claramente que as fontes enumeradas são as do direito internacional e que se trata de fontes *formais* desse direito, em virtude de serem aplicáveis directamente pelo juiz” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

Ainda sobre o artigo 38.º do Estatuto, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 115) destaca que “os Estados que criaram as primeiras organizações universais e a elas associaram as primeiras jurisdições com vocação universal, estavam em condições de estabelecer um texto respondendo a estas condições”.

Bem como, “vemos aqui uma enumeração universalmente aceite das fontes formais de direito internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 115).

51. Ainda, sobre as fontes em nossa matéria, Reuter propôs classificação entre as escritas e as não escritas, bem como entre as convencionais e as de “base autoritária”. Tanto as fontes escritas como as convencionais encontram exemplo nos tratados, sendo o costume uma fonte não escrita; as de “base autoritária” consistem nas leis internacionais (REUTER apud MELLO, 1979, p. 119).

Já em Pellet, Dinh e Daillier se observa classificação das fontes em convencionais e não convencionais: “a distinção fundamental na prática contrapõe os modos convencionais de formação do direito internacional e as outras fontes formais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 118).

Enquanto as convencionais se resumem nos tratados, as fontes não convencionais se subdividem em modos “espontâneos” de formação, modos de formação voluntários, e em meios de determinação das regras de direito (DINH; DAILLIER, 2003, p. 119- 407).

Os modos “espontâneos” de formação são o costume, os princípios gerais de Direito e a equidade; os voluntários são os atos unilaterais e os atos concertados não convencionais. Os meios de determinação das regras de direito consistem nos meios auxiliares, mais propriamente a doutrina e a jurisprudência (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 119- 407).

52. Diante tratar-se de trazer à luz o tema das fontes do ordenamento jurídico internacional para aí situar o papel dos princípios gerais de direito, passa-se então ao

levantamento daquilo que será considerado como formas de manifestação do ordenamento jurídico internacional, dando destaque quanto aos seus aspectos principais.

Dessa forma, não cabe aqui ater-se a uma determinada classificação, para poder assim buscar no sincretismo dos autores a fluência necessária à compreensão do panorama geral do tema.

3.3 O TRATADO

53. O destaque conferido aos tratados e a prioridade de seu estudo enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional encontra fundamento na abrangência dos conteúdos aí celebrados e na quantidade exponencial destes instrumentos confirmada através da História.

Para A. Mello (1979, p. 124), “os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional não só devido a sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles”.

E ainda, “o desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem na sociedade internacional” (MELLO, 1979, p. 123).

54. Preliminarmente devemos considerar a definição do que vem a ser o tratado no direito internacional. Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 120-121) apresenta duas definições; sendo a primeira, uma “definição tradicional”, e a segunda, tratada como “A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados e a definição escrita”.

Este autor também aponta o destaque de importância do tratado e alude ao fator histórico na defesa de sua “definição tradicional” quando afirma que “em virtude da antiguidade do tratado como processo de criação das obrigações jurídicas entre Estados, os elementos constitutivos da sua definição encontram-se solidamente estabelecidos”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

55. Dessa maneira, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 120) traz a seguinte definição. “*O tratado designa qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional*”.

56. Os “elementos constitutivos” da definição do tratado, anteriormente citados, seriam então a “conclusão de um acordo”; as “partes no acordo”, a “criação de efeitos de direito” e a “submissão ao direito internacional”.

57. No elemento da “conclusão de um acordo”, se “supõe um “concurso de vontades” entre as partes contratantes”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

Sobre isto, as observações são oportunas:

Não se traduz necessariamente uma aceitação paralela e simultânea: um tratado pode nascer de uma declaração unilateral de vontade de uma parte, seguida da aceitação da outra, ou de uma declaração colectiva que tenha sido objecto de aceitações unilaterais posteriores: assim, por exemplo, a França aceitou, por declarações datadas de 18 e 20 de Março de 1982 dirigidas ao Director-Geral da Força Multinacional do Sinai, participar nesta e aceitou, interpretando-os, os princípios que a regiam, fixados pelo Protocolo de 6 de Agosto de 1981 entre o Egipto, Israel e os Estados Unidos, do qual não fazia formalmente parte [...]. Assim, o tratado opõe-se ao acto unilateral. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

58. Quanto às “partes no acordo”, “para que haja tratado, é necessário que as partes sejam sujeitos de direito internacional. Enquanto os Estados foram considerados como únicos sujeitos directos desse direito, os tratados não podiam ser senão interestatais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

Também aqui são resgatadas duas observações. Uma primeira, onde “as únicas dificuldades, a este respeito, provinham de entidades de cujo carácter estatal se podia duvidar [...], e dos Estados federados” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

E outra observação, onde, “esta categoria de tratados [tratados interestatais] continua a ser a mais importante, mas apareceram outras categorias com a extensão da qualidade de sujeito de direito a entidades não estatais”, como no caso dos “tratados de organizações internacionais entre si ou com Estados” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 120).

59. A “criação de efeitos de direito” compreende, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 121), que “qualquer tratado cria compromissos jurídicos, a cargo das partes, com carácter obrigatório.

Este aspecto distingue os tratados dos actos concertados não convencionais”, mas ainda assim, “é muitas vezes difícil de fazer a demarcação entre uns e outros” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

Se encontra exemplo disto no Tribunal Internacional de Justiça em processo entre Barain e Qatar: “que enumerava “os compromissos que as partes tinham consentido (...) criava também para as partes direitos e obrigações em direito internacional. [Considerou o tribunal] que ele constitui um acordo internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

60. Por fim, a “submissão ao direito internacional” ressalta que “não é indispensável que [o tratado] esteja subordinado *exclusivamente* a este [direito]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

Já que, “a matéria dos tratados é uma matéria “interdisciplinar”, no sentido em que depende simultaneamente da ordem jurídica internacional e da ordem jurídica interna” a exemplo do vasto domínio de intervenção do direito interno sobre conclusões de tratados (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

61. Novamente apontando a importância dos tratados, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 121) faz um breve resgate da evolução histórica que culminou com a Convenção de Viena de 1969.

Aí, neste autor, a Comissão de Direito Internacional, tratando da codificação de “contornos bem definidos e relativamente precisos dos princípios relativos à conclusão e à aplicação [dos tratados, tendo iniciado] em 1950 e entrando na sua fase activa a partir de 1961” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

Para então “ser concluída em 1969 tantos foram os problemas surgidos em toda a sua complexidade assim que se entrou no pormenor das regras aplicáveis” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

Apesar do que “a Convenção de 1969 entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980, [...] antes da sua entrada em vigor, as jurisdições ou os árbitros internacionais referiam-se frequentemente a ela” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

E esta “constitui hoje o principal guia da prática dos Estados em matéria de tratados e pode sobre vários pontos ser considerada como uma codificação do direito consuetudinário existente”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 121).

Assim, na segunda definição, sob o tópico “a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados e a definição escrita”, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 121-122) resgata a Convenção de Viena de 23 de Maio de 1969, que, em seu artigo 2.º, parágrafo 1.º, traz o seguinte texto:

[...] a expressão “tratado” designa um acordo internacional, concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou vários instrumentos conexos, e qualquer que seja sua denominação particular.

62. Na decomposição desta definição da Convenção, atenção especial conferida ao que se traz como “forma escrita”, “número de instrumentos” e “pluralidade de denominações”.

Se a Convenção, em seu artigo 3.º, “não ignora os acordos que não foram concluídos por escrito - os acordos *verbais* - e que não lhes retira qualquer valor jurídico” implicitamente

não lhes confirma segurança suficiente para codificação (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 122).

A definição do tratado como um acordo escrito confere a “forma escrita”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 122).

Designando “tratado” tanto como “o *conteúdo* do acordo concluído entre as partes, quer dizer, o próprio acordo, como o *instrumento* que formaliza este acordo”, compreende-se da Convenção “que um mesmo tratado pode compreender dois ou mais instrumentos”, a exemplo da “troca de notas” ou “troca de cartas”; assim se estipulando o “número de instrumentos”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 122).

No que toca à terminologia relativa aos tratados, temos “que o termo “tratado” designa um acordo internacional “qualquer que seja a sua denominação particular”, a Convenção confirma a existência de uma pluralidade de denominações *equivalentes*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 123).

Esta “pluralidade de denominações” “na prática é impressionante: tratado, convenção, protocolo, declaração, carta, pacto, estatuto, acordo, *modus vivendi*, troca de notas, troca de cartas, memorando de acordo, processo- verbal aprovado e [...] código de conduta” sendo que concordata “se reserva aos acordos concluídos com a Santa Sé” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 123).

sendo que o direito internacional não é formalista, dando “liberdade às partes quanto à qualificação dada ao seu compromisso”, se conclui, também que “todos estes termos têm a mesma significação jurídica em direito internacional (mas não forçosamente em direito constitucional)” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 123).

Enriquecendo esta perspectiva, Albuquerque Mello, embora também faça considerações acerca da imprecisão terminológica dos tratados, monta um quadro com algumas observações direcionadas e específicas. São destacados alguns de seus exemplos:

Tratado – é utilizado para acordos solenes, por exemplo, tratado de paz.

Convenção – é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial.

Declaração – é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou “afirmam uma atitude política comum” (ex.: Declaração de Paris de 1856) [...].

Estatuto – empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais (Estatuto da Corte Internacional de Justiça) [...].

Protocolo- normalmente pode ter dois significados: a) protocolo de uma conferência, que é a ata de uma conferência; b) protocolo-acordo – é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de

Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). É utilizado neste caso como um suplemento a um acordo já existente.

Acordo – é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural [...].

Convênio – palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte. (MELLO, 1979, p. 124-125).

Tendo em vista ter se confirmado a ausência de uniformidade terminológica e até mesmo a liberdade formal do direito internacional quanto à abrangência daquilo que pode ser entendido como tratado, destaca-se a seguir os principais aspectos de caráter geral a respeito deste instituto.

63. Para Albuquerque Mello (1979, p. 132), tratar sobre fundamento é lidar com o caráter obrigatório de determinado instituto, sendo então “o fundamento dos tratados internacionais [...] a norma “*pacta sunt servanda*”, que é um dos princípios constitucionais da sociedade internacional e que teria seu fundamento último no direito natural”.

64. Dessa maneira, a respeito da revogação dos tratados, Mello (1979, p. 132) conclui que “só pode ser feita, em regra geral, como ocorre com a lei, através de um processo semelhante ao de sua criação, ou por um modo nele previsto ou fixado pelo Direito Internacional Geral”. E ainda, que “a violação deste princípio acarreta a responsabilidade internacional”.

65. Já a validade do tratado internacional é verificada quando são preenchidas as seguintes condições: a “*capacidade das partes contratantes*”, a “*habilitação dos agentes signatários*”, o “*consentimento mútuo*”, e, por fim, o “*objeto lícito e possível*” (MELLO, 1979, p. 126).

66. A capacidade das partes contratantes em concluir tratados “é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais”, onde Mello (1979, p. 126) ainda acrescenta a possibilidade de conclusão por “Estados dependentes ou [por] membros de uma federação, [...] em casos especiais, [geralmente] apenas para determinadas matérias”.

A fórmula genérica da Convenção de Viena é de que “todo Estado tem capacidade para concluir tratados”, sendo que também “a Santa Sé sempre teve o direito de convenção”. (MELLO, 1979, p. 126).

A capacidade das organizações internacionais é evidente, vez que “já tiveram a sua personalidade internacional reconhecida pela Corte Internacional de Justiça, [tendo] os direitos necessários para a realização dos fins para que foram constituídas” (MELLO, 1979, p. 126-127).

E confirmada esta capacidade na Carta da Organização das Nações Unidas, nos “acordos de tutela [a respeito das decisões das organizações internacionais [v. *infra*, n.º 179-189], acordos com as organizações especializadas (arts. 57 e 63) [e] acordos relativos às forças militares (art. 43)” bem como nas “convenções sobre privilégios e imunidades (art. 105)”. (MELLO, 1979, p. 126-127).

Ainda deve ser reconhecida a capacidade de convenção para os beligerantes e os insurgentes, “apesar de se discutir o alcance deste direito”, sobre o que Mello (1979, p. 127) também conclui que “na verdade, toda teoria do reconhecimento está sujeita ao “oportunismo político”.

E acrescenta: “o que parece ser admitido pela Comissão de Direito Internacional ao afirmar “os insurgentes [...] em determinadas circunstâncias podem participar dos tratados”” (MELLO, 1979, p. 127).

Por final considerando a capacidade conferida também a outras organizações internacionais, a exemplo dos territórios internacionalizados, Mello (1979, p. 127) conclui que “o direito de convenção [...] deve ser analisado em cada caso, sendo mesmo impossível uma teoria geral”.

67. Uma segunda condição de validade consiste no “poder de negociar e concluir” o tratado internacional, com “plenos poderes” dados aos negociadores, chamados plenipotenciários, tratada sob o título de “*Habilitação dos agentes signatários*”, onde “um ato relativo à conclusão de um tratado por pessoa não habilitada não tem efeito legal até que o Estado confirme tal ato”. (MELLO, 1979, p. 127).

Tendo origem no período monárquico, diante a “intensificação das relações internacionais e da impossibilidade de os chefes de Estado assinarem todos os tratados, e do desejo de se dar “maior liberdade de ação” ao chefe de Estado”, os “plenos poderes” “perderam muito de sua importância com o desenvolvimento da ratificação” (MELLO, 1979, p. 127-128).

A ratificação evita a obrigação imediata do Estado no caso da assinatura diretamente realizada pelo chefe de Estado (MELLO, 1979, p. 127-128).

68. Para que um tratado seja válido, também deve possuir objeto lícito e possível. Isto significando que “é nulo o tratado que violar uma norma imperativa do Direito Internacional, [...] mesmo quando [esta] for posterior a ele” (MELLO, 1979, p. 128).

Citando que “estas normas são ainda muito poucas, [a exemplo] a Carta da ONU”, Mello (1979, p. 128) lembra também a definição de norma imperativa na Convenção de Viena: “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um

todo como uma norma em que não é permitida a derrogação e a qual somente pode ser modificada por uma subseqüente norma do Direito Internacional Geral tendo o mesmo caráter”.

Ainda sobre esta condição, o objeto de um tratado não pode contrariar a moral e também não pode ser impossível de ser executado, o que dá direito à parte de “pôr fim ao tratado”. (MELLO, 1979, p. 129).

69. Por fim, o “*Consentimento mútuo*” é a condição de que “o acordo de vontades entre as partes não deve sofrer nenhum vício. O erro, o dolo e a coação viciam os tratados”. (MELLO, 1979, p. 129, grifo original).

70. Sobre o erro, “a maioria dos autores admite o erro como vício do consentimento nos tratados internacionais [sendo que] outros consideram que o erro como vício do consentimento é um princípio geral do direito (Maria Rita Saule)” (MELLO, 1979, p. 129).

Onde Mello (1979, p. 129) também salienta que, admitido o erro como vício do consentimento na Convenção de Viena, é necessário delimitar o assunto:

a) só anula o tratado o erro que tenha atingido a “base essencial do consentimento para se submeter ao tratado”; *b)* se o erro é de redação, ele não atinge a validade do tratado e deverá ser feita a sua correção; *c)* o erro de fato é que constitui vício do consentimento; o erro de direito deve ser afastado como vício; *d)* o Estado que tenha contribuído para o erro não pode invocá-lo. O erro é utilizado nos tratados de delimitação.

71. Quanto ao dolo, segundo Vitta, é “o erro devido à fraude de outrem, isto é, toda espécie de manobras [que induzem] uma parte na conclusão de um tratado, provocando o erro ou aproveitando o erro existente (dolo positivo ou negativo)” (MELLO, 1979, p. 129).

também lembrando Mello (1979, p. 129) que “a alegação do dolo é rara, [mas] na história colonial [...] “Estados indígenas denunciaram declarações feitas em relação às potências civilizadas”, destacando ainda que “a Convenção de Viena apenas declara que se um Estado concluiu um tratado induzido por outro fraudulentamente, [pode] invocar a anulação do tratado”.

Ainda apontando que para configuração de dolo há necessidade de preenchimento quanto a “dois requisitos: *a)* ter sido praticado por uma parte contratante; *b)* que “o erro devido a fraude de outrem” seja escusável para a vítima e determinante do seu consentimento”, Mello (1979, p. 129) conclui que “o dolo acarreta a responsabilidade internacional do Estado que o praticou”.

72. Já no que diz respeito à coação, esta pode se manifestar “contra a pessoa do representante do Estado ou contra o próprio Estado, [através de] ameaça ou o emprego da força” (MELLO, 1979, p. 130).

No primeiro caso, “a ameaça [...] anula o tratado”, no segundo, “a coação contra um Estado pelo uso ou ameaça da força é causa de nulidade do tratado, uma vez que tal fato viola a Carta da ONU (art. 2, al. 4)”. (MELLO, 1979, p. 130).

73. Incluindo ainda como vício de consentimento a corrupção do representante, e causa de possibilidade de arguição de invalidez do tratado por parte do Estado de representante corrupto, Mello (1979, p. 130) também menciona sobre o vício de lesão, porém fazendo ressalvas, “devido ao aspecto vago e impreciso [da lesão], bem como da insegurança às relações convencionais”, pois constata “que não existe um órgão internacional “com competência para constatar a sua existência e apreciar a sua extensão” (Rousseau)”.

74. Na conclusão sobre o consentimento mútuo como condição de validade dos tratados, Mello faz nota à “nulidade dos tratados que não foram realizados com base na igualdade jurídica”, e à uma declaração, feita na Conferência de Viena visando complementar o art. 52 da Convenção, “proibindo a coação militar, política ou econômica”. (MELLO, 1979, p. 130).

75. Para abordar o tema da classificação dos tratados, antes deve se ter em conta sobre qual o método de classificação.

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 123), se toma em consideração o método de classificação material, em que se consideram “os aspectos intrínsecos dos tratados, o seu conteúdo ou a sua função jurídica”.

No método de classificação formal, onde se cuida “das variáveis extrínsecas dos tratados, considerados como instrumentos jurídicos” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 123).

76. Dentre as classificações materiais, encontram-se: “*a distinção entre tratados-leis e tratados-contratos*”, “*a oposição dos tratados “gerais” aos tratados “especiais”*” e “*a distinção tratados normativos - tratados constitutivos de organizações internacionais*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 124).

78. A distinção entre tratados-leis e tratados-contratos, devido a seu destaque na doutrina, possui interesse histórico e sociológico, mas é controversa, e “não possui qualquer alcance jurídico, [pois] não existe um regime jurídico próprio para cada uma destas categorias de tratados” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 124).

Bem como a oposição dos tratados “gerais” aos tratados “especiais”, “de origem convencional (art. 38.º, § 1-a, do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), [...] é apenas uma formulação particular da distinção precedente e não tem, pois, mais alcance técnico do que aquela”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 124).

79. A distinção entre tratados normativos e tratados constitutivos de organizações internacionais opõe “os tratados que fixam regras de comportamento aos que estabelecem estruturas e determinam o seu modo de funcionamento” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 124).

sem ser necessariamente operatória, diante tratados de carácter misto, esta distinção “é largamente aceite pelo direito positivo”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 124).

80. Tendo em vista a particularidade do texto de Celso D. de A. Mello (1979, p. 130-131) sobre a classificação material para os tratados, resgata-se aqui a íntegra destas suas considerações.

“Do ponto de vista material a doutrina tem classificado [os tratados] em tratados-leis e tratados-contratos. Esta distinção remonta a Bergbohm, que observou possuírem determinados tratados normas jurídicas que os Estados aceitavam como normas de conduta; o que distinguia os tratados assim caracterizados dos outros era “a finalidade de criar normas jurídicas”. Triepel retoma esta orientação e assinala que determinados tratados (tratados-leis) são formados por vontade de conteúdo idêntico, enquanto nos outros (tratados-contratos) as vontades teriam conteúdo diferente. Os tratados-leis seriam fonte do Direito Internacional Público e neles é que se manifestaria a vontade coletiva. Os doutrinadores apresentam às vezes diferenças na caracterização dos tratados, como é o caso de Bourquin, para quem os tratados-contratos são aqueles em que os Estados visam “fins diferentes” e criam “situações jurídicas subjetivas” enquanto os tratados-leis” estabelecem “uma situação jurídica impessoal e objetiva”. Esta classificação surgiu “sobretudo tendo em vista chamar a atenção para a capacidade dos Estados de formarem regras de alcance geral por via convencional” (Michel Virally)”.

81. Já entre as classificações formais, temos: “*de acordo com a qualidade das partes, segundo o número de partes e segundo a forma*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 125).

82. Na classificação de acordo com a qualidade das partes, “distinguem-se os tratados [...] entre Estados, os [...] entre Estados e organizações internacionais e os [...] concluídos entre organizações internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 125).

Na classificação segundo o número de partes, “a distinção principal, plenamente “operatória”, é a que existe entre *tratados bilaterais* e *tratados multilaterais*, [a despeito das

espécies adicionais dos] *tratados plurilaterais* e dos *universais*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 125).

83. Na última classificação formal em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 125), tomando por critério segundo a forma do processo de conclusão, “estabeleceu-se uma distinção entre *“tratados em forma solene”* e *“acordos em forma simplificada”*, a que se aplicam respectivamente modalidades diferentes de expressão do consentimento em vincular-se”.

Cabendo ainda citar “uma nova distinção entre os [tratados] que são concluídos com ou sem [a intervenção de organizações internacionais, dada sua expressividade]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 125).

84. Em últimas considerações sobre as possíveis classificações dos tratados, “podem ser citadas, por exemplo, [a de tratado fechado e aberto, quanto à existência de cláusula de adesão]”, onde “os tratados-leis se caracterizam ainda por serem geralmente plurilaterais e possuírem cláusula de adesão. É nesse tipo de tratado que normalmente se codifica o Direito Internacional Público” (MELLO, 1979, p. 131-132).

E também citando o que a doutrina caracteriza de tratado-constituição, que “[não se limitaria] a criação de normas gerais de validade de direito internacional, mas também institucionalizaria um processo internacional com órgãos e poderes próprios”, e principalmente, “com uma vontade própria, diferente daquela dos Estados que contribuíram para a sua formação (F. Orrego Vicuña)”. (MELLO, 1979, p. 131-132).

85. Concluindo sobre as classificações propostas para os tratados, Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 123) se coloca que “nenhuma classificação tem alcance geral: consoante os problemas que se põem, terá valor operatório uma ou outra, por vezes será mesmo a combinação de várias classificações”, e se lembra que “a Convenção de Viena abstém-se de qualquer distinção sistemática e rejeita, implicitamente, certas classificações”.

Em linha semelhante, Albuquerque Mello (1979, p. 131), pontua precisamente que “o estatuto da Corte Internacional de Justiça, no seu art. 38, ao enumerar as fontes de nossa disciplina, fala em “convenções gerais e especiais” sem fazer qualquer distinção”.

86. Ao que pese o papel de relevância dos tratados como fonte do ordenamento jurídico internacional, diante a vasta extensão de seus elementos constitutivos, dignos de uma dedicação singular à parte, no que muito propriamente ganha o escopo de curso, cadeira, linhas de pesquisa, teses e dissertações, tendo em vista manter a linha dessa proposta, limitar-se-á aqui a enunciar as principais etapas da formação do fenômeno convencional.

A finalidade é se compreender sobre o que aí se trata de maneira mais adequada, sem entrar em suas especificidades, resgatando eventualmente algum item aí pertinente quanto ao desenvolvimento de tópico no próximo capítulo.

87. Assim, delimitando a apresentação daquilo que considera os “quatro aspectos principais do direito dos tratados”, mais particularmente no que “compreende ao mesmo tempo os tratados concluídos por Estados e aqueles em que as organizações internacionais são partes” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 126).

Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 126, grifo nosso) destaca a “conclusão dos tratados”, a “validade dos tratados, a “aplicação dos tratados” e o “fim das normas convencionais”.

88. Em virtude do destaque de importância da fase de conclusão dos tratados, a apresentação do tema em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 127-128) é esclarecedora.

No que este autor aponta como o “papel recíproco do direito internacional e do direito interno”, onde “concluir um tratado é, antes de mais, *um atributo da soberania*, ao mesmo tempo em que o seu *exercício*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 127-128).

E em contrapartida, “ao criar obrigações a cargo do Estado, qualquer tratado é uma fonte de *limitação das suas competências*”, além do que, “embora conservando a sua complexidade, [o processo de conclusão] sofreu inúmeras *transformações* desde o século XIX” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 127-128).

Dessa forma, “na medida em que a Convenção de Viena conseguiu clarificar o regime jurídico das diversas etapas do processo de elaboração dos tratados, pôs fim a várias incertezas e confusões na análise tradicional”, além de permitir “progressos no desenvolvimento do direito [nesta] matéria” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 127-128).

Ainda assim, considerando a diversificação das modalidades de conclusão quando em relação a cada Estado e ainda mais diante a erupção de organizações internacionais, “é muito difícil [...] seguir todos os meandros do processo de conclusão dos tratados. Ater-nos-emos ao essencial, [...] o processo *comum* aos tratados bilaterais [e] multilaterais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 127-128).

89. Sobre as etapas do processo de conclusão, “o tratado internacional [...] atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas”. (MELLO, 1979, p. 136).

Então, neste processo de conclusão comum aos tratados, pode ser destacado: a “*elaboração do texto*”, a “*expressão pelo Estado do seu consentimento em vincular-se*”, e a

“*introdução do tratado na ordem jurídica internacional*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 129-167).

90. Na elaboração do texto, se realiza a “*negociação do texto*” e a “*adoção do texto*”; na expressão pelo Estado do seu consentimento em vincular-se são definidos os “*modos de expressão*” e a “*determinação das autoridades competentes*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 129-167).

E quanto à introdução do tratado na ordem jurídica internacional, trata da “*entrada em vigor e do registro e publicação*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 129-167).

91. Convém salientar o papel da ratificação, quanto aos modos de expressão do consentimento do Estado em vincular-se, no processo de conclusão em forma solene, bem como, no processo de conclusão em forma simplificada, quanto aos acordos em forma simplificada e os acordos não submetidos à ratificação.

No que diz respeito ao amplo campo de estudo a respeito da questão da soberania e das relações de competência entre direito interno e direito internacional, traduz, especificamente, um dos grandes desafios jurídicos da sociedade internacional na atualidade.

92. Brevemente citando, ainda incidem no processo de conclusão dos tratados, os “*aspectos particulares da conclusão de tratados multilaterais*”, aí se verificando a “*institucionalização do processo de elaboração, a extensão da comunidade dos Estados contratantes e a instituição do depositário*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 169-189).

93. A institucionalização do processo de elaboração se dá através da “*elaboração por uma conferência internacional*” ou com a “*elaboração por um órgão permanente de uma Organização internacional*”, e a extensão da comunidade dos Estados contratantes, mediante “*assinatura diferida e adesão e reservas*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 170-187).

94. No que diz respeito ao segundo aspecto principal do direito dos tratados proposto por Pellet, Dinh e Daillier, o tema da “*validade dos tratados*” foi resumido e apresentado por Albuquerque Mello, tendo sido apresentadas suas principais condições, não conflitantes com o que mais criteriosamente apresenta Pellet, Dinh e Daillier, de forma que já se satisfaz a pretensão demonstrativa da questão na introdução do tema dos tratados (v. *supra*, n.º 65-74).

Apenas lembra-se aqui então sobre estas condições de validade, quais são a capacidade das partes, a regularidade do consentimento e a licitude do objeto, acrescentando-se ainda o “*regime das nulidades por falta de validade*”, sob o que estão a “*nulidade absoluta e nulidade relativa*”, o “*processo de anulação*” e os “*efeitos da nulidade*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 191-219).

95. Assim sendo, passa-se ao terceiro aspecto principal do direito dos tratados, que se encontra sob o titulado de “aplicação dos tratados”.

No que, em Pellet, Dinh e Daillier, (2003, p. 221-297), se destaca a “*execução dos tratados pelos Estados partes*”, os “*efeitos dos tratados em relação a terceiros*”, a “*interpretação dos tratados*” e a “*aplicação dos tratados e conflitos de normas*”.

96. Também nos itens relativos à “*ordem jurídica internacional e execução dos tratados*”, sob a execução dos tratados pelos Estados partes, relativos ao “*princípio da relatividade dos tratados*”, sob os efeitos dos tratados em relação a terceiros, e relativos aos “*métodos de interpretação*”, sob a interpretação dos tratados, e ainda relativos aos “*conflitos de normas*”, sob a aplicação dos tratados e conflitos de normas, entre os principais, se encontram questões de relevância quanto aos desafios jurídicos da atualidade, onde se situa o tema central de nossa proposta. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 221-280).

97. Por fim, resgata-se o quarto aspecto principal do direito dos tratados considerado em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 299-324) como “fim das normas convencionais”, incluindo aí a “*modificação dos tratados e a extinção e suspensão de tratados*”, e as respectivas modalidades de modificação e de extinção e suspensão.

98. Sendo estas as linhas gerais a respeito do que se considera na doutrina sobre o direito dos tratados, novamente enfatizando aqui a proposta de se fazer uma breve apresentação do tema para compreensão genérica, conclui-se aqui dessa maneira.

Tendo sido demonstrado o que mais propriamente diz respeito a esta forma de manifestação do direito internacional, o aprofundamento dos temas aqui levantados, e daqueles apenas mencionados, como os processos e procedimentos que vão da ratificação à extinção das convenções, estaria divergindo da proposta.

Mantendo a liberdade metodológica quanto à classificação das fontes em nossa matéria, os tópicos vistos sobre tratados encerram aquilo que é visto na doutrina como forma de manifestação convencional das fontes no direito internacional.

3.4 COSTUME

99. Superado o principal acerca das formas convencionais de manifestação do direito internacional na figura dos tratados, cabe então trazer a apresentação do que é visto sob o tema do costume enquanto fonte do direito internacional.

Também aqui se abstém do rigor de determinada classificação das fontes, para através da pura e simples apresentação daquilo considerado como manifestação do direito internacional buscar a compreensão genérica sobre o fenômeno jurídico internacional.

Ainda assim, cabe resgatar a classificação que divide entre as formas convencionais de manifestação do direito internacional e as formas não convencionais.

100. Com critério Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 325,) trata sobre a coexistência de “vários modos de formação do direito”, tanto na ordem jurídica interna quanto na internacional, com diferentes graus de institucionalização.

Principalmente a partir do início do século XX, a prática interestatal “reconheceu na via convencional a “fonte do direito” menos contestada e melhor regulamentada; a doutrina consagra esta evolução agrupando - por oposição – todos os outros modos de formação do direito” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 325).

Também em Rezek (2000, p. 9-113), sob Normas Internacionais, após dedicação aos tratados, no segundo capítulo se encontra as Formas Extraconvencionais de Expressão do Direito Internacional, a iniciar pelo Costume.

101. Em uma abordagem histórica, Albuquerque Mello (1979, p. 190) lembra que “o costume foi a principal fonte do Direito Internacional Público, em virtude de a sociedade internacional ser descentralizada”.

Este autor esclarece: “as sociedades não hierarquizadas, sem um Poder Legislativo, têm no costume o principal modo de manifestação das normas jurídicas”. (MELLO, 1979, p. 190).

Ao que pese a observação feita por Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 328), quanto ao papel do costume enquanto fonte formal, no sentido de que “enquanto modo ou processo de elaboração do direito [o costume] se trata de facto de um processo regido pelo direito internacional”.

Feita essa observação, Mello (1979, p. 190) acrescenta que “[segundo Carl Schmitt] a admissão do costume foi sempre feita em detrimento do legislador e daí ser ele abandonado no Estado Moderno”.

E lembra que “no início o Estado não tem poder legislativo, porque cabe aos governantes zelar pelo direito costumeiro sem alterá-lo”, considerando o poder oligárquico então predominante (MELLO, 1979, p. 190).

Em Mello é notável o resgate sobre o que afirma Reuter, onde “no costume se está em presença do irracional sendo que através dele é que existe a “passagem imperceptível de uma fonte material para uma fonte formal””. (REUTER apud MELLO, 1979, p. 190).

102. Diante essas questões levantadas sobre o costume se situa diante o exposto no artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, onde se coloca uma “prova” de uma prática geral aceite “como direito”.

Pois bem lembrado em Pellet, Dinj e Daillier (2003, p. 328), o costume “é um processo regido pelo direito internacional, e autônomo em relação a outros modos, como o modo convencional que autoriza a exprimir regras de direito”

Ao que também se acrescenta: “Não é menos verdade que se trata de uma fonte de natureza particular e mesmo controversa” (PELLET, DINJ e DAILLIER, 2003, p. 328).

103. Assim sendo, cabe demonstrar o que a doutrina apresenta na decomposição do costume: o elemento material e o subjetivo.

Inicialmente apresentado por Albuquerque Mello (1979, p. 191), “o costume tem dois elementos: o material, que é o uso, e o subjetivo, que é geralmente aceite como sendo a “*opinio juris vel necessitatis*””.

José F. Rezek (2000, p. 113) também faz uma breve apresentação, primeiro a respeito do elemento material, “qual seja a prática – a repetição, ao longo do tempo, de um certo modo de proceder ante determinado quadro de fato”.

Seguido do elemento subjetivo, “qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e consequentemente jurídico” (REZEK, 2000, p. 113).

104. Já em Pellet, Dinj e Daillier (2003, p. 331-337) é tratado sobre a questão dos elementos do costume com dedicação mais criteriosa e aprofundada, onde, ao tratar sobre o Processo consuetudinário, se encontra o elemento material em três aspectos.

Primeiramente, quanto aos comportamentos suscetíveis de constituir precedentes; segundo, quanto a repetição do precedente no tempo, e por fim, quanto a repetição do precedente no espaço.

105. Os comportamentos suscetíveis de constituir precedentes pressupõem “a formação do costume [apoiada] em toda actuação dos sujeitos de direito internacional (PELLET; DINJ; DAILLIER, 2003, p. 331).

Esta actuação pode corresponder a actos jurídicos, internos ou internacionais, mas [sem essa] necessidade”, sendo “suficiente que a actuação emane de sujeitos de direito internacional – Estados, [...] organizações internacionais, tribunais internacionais, organizações não governamentais [e até] certas pessoas privadas” (PELLET; DINJ; DAILLIER, 2003, p. 331).

lembrando que a atuação deve ser oponível ao autor, ou seja, sem vícios (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 331).

A terminologia adotada como atuação deve ser entendida “não só [por] comportamentos positivos e negativos, mas também [por] qualquer expressão de uma opinião sobre a oportunidade ou a legalidade da actuação dos outros sujeitos de direito internacional”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 331).

Quando trata sobre a questão da atuação entre Estados, se faz referência a outra questão aqui pertinente:

Deverão tomar-se em consideração apenas os actos “positivos”? Serão as abstenções susceptíveis de constituir precedentes?

No [...] caso *Lotus*, em que a França invocava as abstenções para provar a existência de uma regra consuetudinária, o T.P.J.I. admitiu a legitimidade da diligência rejeitando as conclusões da argumentação francesa. Adoptando a mesma jurisprudência no caso anglo-norueguês das *pescarias*, o Tribunal Internacional de Justiça reconheceu, em matéria de delimitação do mar territorial, a existência de um costume bilateral com base num acto positivo da Noruega, seguido por uma prolongada abstenção por parte da Grã-Betanha [...]. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 332).

Esta referência literal tem por objetivo salientar que a pergunta supracitada permanece em aberto na ambiguidade das respostas bivalentes, o que reforça a natureza controversa da noção do costume como fonte, anteriormente citada na introdução deste tema.

Tendo sido feitas estas considerações, exemplifica-se a seguir os comportamentos capazes de servir como precedentes à formação de regras consuetudinárias.

106. Um primeiro exemplo são os atos do Estado, “praticados pelos seus órgãos, com incidência nas relações internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 331).

Aí incidindo os “actos das autoridades especialmente encarregadas das relações internacionais, exprimindo-se no exercício de suas funções”, assim como os “actos legislativos e administrativos podem, também, servir de precedentes, se necessário”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 331).

107. Já os atos interestaduais possuem presunção “a fortiori” de constituir precedentes. “As regras de uma convenção que, originariamente, vinculavam apenas os Estados partes, podem servir de ponto de partida para um processo consuetudinário tanto mais que esta convenção tem vocação universal”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 332).

108. Ainda deve ser tomado em consideração acerca da constituição de precedentes costumeiros, e em forte grau, dos atos das instituições internacionais, “em primeiro lugar os

actos jurisdicionais e arbitrais internacionais”, sendo que os tribunais internacionais “não hesitam [...] em citar a sua própria jurisprudência como precedentes úteis”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 332).

No que toca às organizações internacionais, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 332) se distingue “as suas práticas internas e os seus comportamentos nas relações internacionais”.

109. Dessa maneira, as práticas das organizações internacionais “podem, sem sombra de duvida, estar na origem de verdadeiras regras consuetudinárias vinculativas da própria organização” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 322).

Onde, apesar dos inúmeros julgamentos e de interpretações de compromissos no sentido de que ““o processo seguido constitui a prova de uma prática geral da Organização” [das Nações Unidas]”, deve se considerar ainda que “a prática internacional não é necessariamente favorável a um tal processo, por recluir uma revisão implícita da carta constitutiva de uma organização internacional”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 322).

110. Naquele segundo aspecto, acerca do comportamento das organizações nas relações internacionais, “as organizações internacionais participam igualmente na formação do direito internacional geral pelas resoluções que adoptam, pelas convenções internacionais em que participam e pelo conjunto de suas relações com outros sujeitos de direito internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 333).

Onde também “os precedentes provenientes das organizações internacionais são [...] valiosos: conhecidos imediatamente e tomados em consideração por um grande número de Estados, podem acelerar o processo consuetudinário”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 333).

111. Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 333, grifo original) ainda se encontra que “a possibilidade, de os *sujeitos de direito internacional, que não sejam os Estados e as organizações internacionais*, estarem, pelos seus comportamentos, na origem de regras consuetudinárias, é controversa”

Sendo que “a prática contemporânea dá mais razão à tese objectivista”, onde “os comportamentos das organizações não governamentais, dos movimentos de libertação nacional e de secessão, e mesmo das sociedades transnacionais podem dar origem a normas consuetudinárias”, desde que não colidam “com uma oposição expressa dos sujeitos “maiores” do direito internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 333).

Assim, está superado o que é encontrado com destaque na obra de Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 334-335) acerca dos comportamentos suscetíveis de constituir precedentes, enquanto aspecto do elemento material do costume

Resgata-se então outros dois aspectos, quais são tratados em Pellet, Dinh e Daillier como “*a repetição do precedente no tempo*” e “*a repetição do precedente no espaço*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334-335)..

112. Retomando assim aquelas primeiras considerações acerca do elemento material, quanto ao uso e a repetição de determinada prática, deve-se considerar com Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 334) que “a repetição é a condição da *consolidação* da prática, sem a qual seria impossível falar em “uso””.

Onde “a exigência da repetição decorre das fórmulas clássicas utilizadas pela jurisprudência internacional que visa uma “prática internacional constante” ou uma “prática constante e uniforme”” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334)..

Ainda em Pellet, Dinh e Daillier (2003. p. 334), é dada uma definição sobre a repetição:

A necessária coerência da prática, segundo a concepção clássica, exprime-se na verdade do *dictum* subsequente da sentença arbitral de 17 de Julho de 1965 [, sobre a *Interpretação do acordo aéreo de 6 de Fevereiro de 1948*, que opôs os Estados Unidos à Itália]: “Somente uma prática constante, efectivamente seguida e sem alteração, pode tornar-se geradora de uma regra de direito consuetudinário internacional”.

113. Sobre a uniformidade da repetição, “a uniformidade não precisa ser em todos os detalhes, mas apenas substancialmente”. (BROWNLIE apud MELLO, 1979, p. 191).

Mais precisamente, “a *uniformidade* é a *concordância* dos actos sucessivos de um mesmo Estado, que devem ser, em princípio, semelhantes uns aos outros. Na falta desta uniformidade-concordância, já não haveria repetição” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334).

Onde ainda, “a propósito de uma mesma questão, [se] os precedentes seguidos por alguns Estados colidem com actos contrários da parte de outros Estados”, então “a formação da regra consuetudinária será automaticamente travada” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334).

Ainda, no caso de eventual violação da uniformidade, pode ser levantado “se o autor do acto em contradição com a regra existente agiu com a convicção de que a violava e se o seu comportamento se inscreve numa tal contestação” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334).

Assim como pode “dar origem a um novo costume”, e se conclui que “para que uma regra seja consuetudinariamente estabelecida não é necessário que a prática correspondente seja rigorosamente conforme a esta”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 334).

114. Assim sendo, mais precisamente no que toca à repetição do precedente no tempo, enquanto aspecto do elemento material do costume, “*a apreciação da constância-continuidade é mais incerta*. [Pois] quantas vezes e durante quanto tempo deverá um precedente ser repetido para dar origem a uma regra consuetudinária?”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 335).

Na impossibilidade de uma resposta genérica, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 335) considera que “a frequência interfere na duração, [sendo que] a densidade crescente das relações internacionais leva [...] a aceitar períodos mais breves do que a sociedade interestatal do século XVI ao século XIX”.

Sobre o que, considera “indispensável que neste lapso de tempo, [...] a prática dos Estados [...] tenha sido frequente e praticamente uniforme”, e também que deve ser rejeitada “a noção de “costume instantâneo” ou “imediato” [pois] um precedente isolado nunca é suscetível de dar origem a uma regra consuetudinária” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 335).

115. Visto que a uniformidade da repetição de uma prática diz respeito ao que substancialmente é reiterado, a despeito de eventuais divergências colaterais ou acessórias, e assim se está diante um precedente costumeiro capaz de ensejar a formação de uma regra consuetudinária.

E que a frequência diz respeito à constância e à continuidade de determinada prática no aspecto temporal, naquele mesmo sentido de formação de regra consuetudinária.

O elemento material do costume possui ainda o aspecto espacial da prática reiterada.

116. A abrangência do precedente repetido no espaço pode ser tratada sob universalidade ou generalidade.

Após observações quanto ao aspecto temporal do costume, Albuquerque Mello (1979, p. 191) coloca que “outra característica do elemento material é a generalidade (espaço), isto é, que ele [o costume] seja seguido por uma parcela da sociedade internacional”.

Acrescentando, que “uma norma costumeira rejeitada por grande parte dos Estados perde, em consequência, a sua generalidade” (MELLO, 1979, p. 191).

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 335), ao se tratar sobre a “repetição do precedente no espaço”, se afirma que “não é suficiente que a repetição dependa do mesmo

Estado autor do primeiro precedente: neste caso, trata-se [...] da sua reivindicação (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 335).

A *dispersão* é necessária” (grifo original). Ao que, se coloca a seguinte questão: “deverá [a dispersão] ser universal? A resposta é evidentemente negativa, se admitirmos a coexistência de regras costumeiras regionais. Ela deve ser matizada para as normas consuetudinárias de alcance universal (“gerais”)” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 335).

117. Então, no caso das “regras costumeiras “gerais”, o artigo 38.º, § 1-b), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça indica claramente que elas resultam da prática *geral* e não de uma prática *unânime*, o que seria irrealizável e irrealista”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 335, grifo original). Ao que aderiu a jurisprudência internacional:

No seu acórdão de 1969 no caso da *Plataforma continental do Mar do Norte*, o Tribunal Internacional de Justiça considera que: “No que respeita aos outros elementos geralmente tidos por necessários a fim de que uma regra convencional seja considerada regra geral de direito internacional, pode ser suficiente uma participação muito vasta e representativa na convenção, sob condição, todavia, de compreender *os Estados particularmente interessados*”.

118. Sobre as questões levantadas no acórdão, “a “participação muito vasta” [aludida] não implica, forçosamente, uma acção positiva por parte de um grande número de Estados, sobretudo se não aparecerem pretensões divergentes” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336).

E também, que “inversamente, um pequeno número de Estados pode estar em posição de obstacular ou de proibir a criação de uma regra costumeira” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336).

Já quanto “a exigência da participação dos “Estados particularmente interessados” – isto é, daqueles [...] em condições de contribuir concretamente para o aparecimento de uma regra costumeira – leva”, por exemplo, “a duvidar que exista uma regra geral proibindo que se proceda a ensaios nucleares na atmosfera: demasiados Estados “nucleares” [...] recusaram-se a contribuir [para essa regra]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336).

119. Por outro lado, apesar de “o artigo 38.º, § 1, do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça só [fazer] alusão às regras consuetudinárias gerais, nunca foi contestado que pudessem aparecer *costumes de alcance geográfico limitado*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336).

Ao que “a existência de costumes regionais e mesmo locais é atestada pela prática e pela jurisprudência internacionais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336).

120. Nestes últimos casos, “a unanimidade será exigida [...] no que respeita aos costumes bilaterais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336-337).

E apesar do que, “tratando-se dos costumes regionais, é razoável pensar que, quanto mais restrito for o círculo de Estados interessados, maior unanimidade é necessária”, e deve ser levado em conta que “a posição do Tribunal Internacional de Justiça não é clara a este respeito” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 336-337).

121. A conclusão a respeito do elemento material do costume, em Albuquerque Mello (1979, p. 191), traz “que o elemento material está caracterizado pelas coordenadas de tempo e espaço”

Ao que deve ser somado as considerações acerca dos “comportamentos susceptíveis de constituir precedentes”, quanto aos atos dos sujeitos de direito internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (MELLO, 2003, p. 331-333).

Assim sendo, passa-se a tecer observações sobre o que é considerado como elemento subjetivo do costume, mais propriamente tratado como “*opinio juris*”.

122. Dentro de um resgate de perspectiva histórica, a consideração do elemento subjetivo como integrante do costume “foi utilizado pela primeira vez, antes de Savigny e Puchta, por Gluck, em 1797. Alphonse Rivier, nos seus “*Principes du Droit de Gens*” (1896), foi quem o introduziu no Direito Internacional” (MELLO, 1979, p. 191).

E Mello chega a afirmar que “o elemento subjetivo é que tem trazido maiores problemas ao mundo jurídico”. (MELLO, 1979, p. 191).

Deve-se partir do entendimento que “a maioria dos doutrinadores aceita este elemento [subjetivo] no sentido tradicional de que os atos praticados (o uso) precisam ser realizados” com o que se considera como “a convicção de que os [atos], de acordo com o Direito Internacional, são obrigatórios” (MELLO, 1979, p. 191)..

Ao que Mello acrescenta que “este elemento tem a vantagem de distinguir o costume do uso”, ou ainda, que tem a vantagem “de diferenciar uma norma jurídica obrigatória, [que enseja] responsabilidade internacional, de uma prática não obrigatória, [que não enseja] responsabilidade”. (MELLO, 1979, p. 191).

Em respeito ao afirmado, acerca da necessidade de haver uma convicção de conformidade ao Direito Internacional, pode ser suscitado o que há autores que defendem “que não existe qualquer norma de Direito Internacional atribuindo relevância jurídica aos

“fenômenos psicológicos que conferem aos atos exteriores o caráter de costume”” (MELLO, 1979, p. 191).

E ao que é acrescentado por Quadri, “que a “opinio juris” não é um elemento da formação do costume, mas “uma consequência psicológica da norma consuetudinária””. (QUADRI apud MELLO, 1979, p. 191).

Partindo desta mesma linha, onde a “opinio juris” é uma consequência psicológica de uma norma consuetudinária constituída, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 338) encontra-se que “tradicionalmente, a prática está na origem da “opinio juris”.

É a repetição dos precedentes no tempo que faz nascer o sentimento de obrigação”. E em seguida, este mesmo autor coloca que “assistimos, entretanto, em certos casos, a inversão do processo”, onde “a expressão de uma “necessidade de direito” (muitas vezes por uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas) está na origem de uma prática que consuma a formação da norma consuetudinária” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, 338).

Sobre a expressão de uma necessidade de direito mencionada, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 337) se defende que a vinculação jurídica dos Estados “se traduz pela fórmula clássica da “opinio juris sive necessitatis” (a convicção do direito ou da necessidade)”.

E ao que A. Mello coloca que “a corrente tradicional considera [o elemento subjetivo] como sendo a “opinio juris vel necessitatis”, [sendo] esta interpretação [...] inaceitável. O elemento subjetivo assim concebido seria de difícil prova”. (MELLO, 1979, p. 192).

Com a afirmação de que “na verdade, não podemos rejeitar o elemento subjetivo, uma vez que ele nos permite distinguir o uso do costume”, Mello (1979, p. 192) indica concordância com a posição em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 337), de que “é por essa característica [de exigência da “opinio juris”] que a regra consuetudinária se distingue do uso e da cortesia internacional”.

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 337), se considera que, o artigo 38.º, § 1, do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, ao se referir a “uma prática [...] aceite como direito”, fez, quanto a exigência da “opinio juris”, uma formação jurisprudencial muito firme.

Primeiramente considerando a continuidade do *dictum* do caso *Lotus*, onde o Tribunal Penal de Justiça Internacional, em acórdão de 1927, “respondendo à tese do agente governamental francês que invocava um facto de abstenção, [...] não considerou este como precedente pertinente”, pois, no caso, não motivado “pela “consciência de um dever de se abster”” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 337).

E também no que considerou o Tribunal de Justiça Internacional, no caso *Plataforma continental do Mar do Norte*, de 1969, onde:

Os Estados devem, portanto, ter a certeza de se conformar ao que equivale a uma obrigação jurídica. Não são suficientes nem a frequência, nem mesmo o carácter habitual dos actos. Existem numerosos actos internacionais, no domínio do protocolo, por exemplo, que são realizados quase invariavelmente, mas motivados por simples considerações de cortesia, de oportunidade ou de tradição e não pelo sentimento de uma obrigação jurídica. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 337).

123. Dessa maneira, “admite-se, geralmente, que a simples repetição de precedentes não basta e que uma regra consuetudinária só existe se o acto considerado for motivado pela consciência de uma obrigação jurídica”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 337).

Ainda considerando que “a interpretação que mais se encontra de acordo com a prática internacional é aquela que considera ser o elemento subjetivo a “aceitação como sendo o novo direito”, [ao invés de] a “aceitação como sendo o direito”” (MELLO, 1979, p. 191)..

E, daquela forma, assumindo que “uma prática pode ser inicialmente contrária ao direito já existente, para se tornar “jurídica” através do reconhecimento”, onde assim se torna claro “a existência de um costume, uma vez que o reconhecimento e o protesto, [consagrados] na prática internacional, servirão para demonstrar se uma determinada prática tornou-se ou não um direito [...]” (MELLO, 1979, p. 191).

124. Resgatando o texto “do art. 38, I, *b*, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece: “O costume internacional como prova de uma prática geral aceita como sendo direito””, Mello (1979, p. 192), diante a tese acima sustentada, e considerando “que o costume não é a prova de uma prática, mas a própria prática”, sugere a definição do costume como “a prática geral aceita como sendo o novo direito”.

125. Ainda na parte geral sobre a concepção do costume, também pode ser mencionada a teoria de d’Amato, que estabelece dois elementos para formulação do costume: o elemento qualitativo “é a conduta reivindicando uma regulamentação legal e que não seja um simples expediente político, [onde a] legalidade [...] permite distinguir [o costume] dos simples usos sociais”, e deve ser uma legalidade internacional (D’AMATO apud MELLO, 1979, p. 197).

O elemento quantitativo “é o número de precedentes que vai torná-lo mais aceitável” (D’AMATO apud MELLO, 1979, p. 197).

126. A noção de obrigação jurídica que a “opinio juris” dá ao costume remete ao entendimento de A. Mello (1979, p. 192-193) sobre o que se considera como fundamento.

Ao tecer algumas referências sobre o fundamento do costume, este autor resgata as concepções voluntaristas e objetivistas do Direito Internacional, e indica a identidade entre fundamento e obrigatoriedade.

127. Primeiramente, quando este autor defende que a aplicação de um “costume geral” pela Corte Internacional “manda [que] uma norma costumeira sendo geral, mas sem ser unânime, é obrigatória para todos os membros da sociedade internacional (MELLO, 1979, p. 193).

Mesmo que um Estado não a aceite ele se encontra obrigado a cumpri-la”, e dessa maneira descarta o voluntarismo, pois “como dizer neste caso que o fundamento (obrigatoriedade) do costume se encontra no consentimento tácito?”. (MELLO, 1979, p. 193).

128. Em seguida, Mello (1979, p. 193) apresenta duas teorias objetivistas: a teoria da consciência jurídica coletiva e a teoria sociológica.

Descartando a “consciência jurídica coletiva” por ser “uma noção vaga e imprecisa”, apresenta que “a teoria sociológica é a que nos parece melhor explicar a obrigatoriedade do costume”, pois “para ela o costume é um produto da vida social que visa atender as necessidades sociais. O seu fundamento é exatamente as necessidades sociais” (MELLO, 1979, p. 193).

129. Lembrando que “o costume termina: *a*) por um tratado mais recente que o codifica ou revoga; *b*) pela dessuetude quando ele deixa de ser aplicado; *c*) por um novo costume”, podemos concluir que “um dos aspectos mais importantes a respeito do costume é no tocante a sua obrigatoriedade”. (MELLO, 1979, p. 196).

130. Assim considerando, levanta-se uma questão que “pode ser formulada da seguinte maneira: é obrigatório o costume geral para os Estados que não o aceitam?” (MELLO, 1979, p. 196).

Numa primeira hipótese, o Estado soberano, com capacidade plena, “está obrigado a cumprir as normas costumeiras em vigor”, e, numa segunda hipótese, “quando um costume geral é formado com a oposição de determinado Estado, [...] a questão consiste em saber se este Estado se encontra obrigado à norma costumeira”. (MELLO, 1979, p. 196).

Essa questão da obrigatoriedade do costume para Estados que não participaram da sua criação, ou até prestaram objeção, é aprofundada em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 338-354) diante do tópico “*a oponibilidade da norma consuetudinária*” [e sobre o que ainda incide o tema da] “*prova do costume*”, [quanto à] “*administração da prova*”, [à] *noção* e às

“*técnicas de codificação*”, bem como o tema da “*aplicação do costume*”, tanto na ordem jurídica internacional, quanto ao “*lugar respectivo do costume e do tratado no direito contemporâneo*”, [às] “*relações entre normas consuetudinárias*”, [às] “*relações entre normas costumeiras e outras normas de direito internacional*”, e bem como a aplicação do costume na ordem jurídica interna, quanto à “*introdução das normas consuetudinárias na ordem interna*” [e quanto à] “*aplicação das normas consuetudinárias internacionais pelos tribunais interno*”.

131. O tema é mencionado aqui por seus tópicos para trazer à tona esses principais aspectos, tendo em vista se situar as questões aí levantadas na proposta central do tema que se pretende demonstrar com mais proximidade e naquilo que é mais pertinente mais adiante, ao se tratar a respeito do papel dos princípios gerais de direito enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional.

Assim sendo, tendo sido visto o principal acerca do costume enquanto fonte do direito internacional, cabe ser examinado quanto ao que se encontra na doutrina sobre os princípios gerais de direito.

3.5 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

132. Seguindo a sequência de fontes enumerada no artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945, após as convenções e os costumes, encontram-se os princípios gerais de direito: “art. 38. 1 – A Corte [...] aplicará: a) as convenções internacionais [...]; b) o costume internacional [...]; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. (ICJ, 1945).

133. Tendo em vista a manutenção acerca da já mencionada liberdade metodológica quanto à classificação das fontes em nossa matéria, mais particularmente na introdução do tópico acerca do costume, parece mais adequado acompanhar a sequência de fontes apresentada através do citado artigo 38.

Ainda assim, cabe situar os princípios dos quais se pretende tratar a partir do que se apresenta de bom senso na doutrina, qual seja, como parte da formação extraconvencional do direito internacional.

Com propriedade, José F. Rezek (2000, p. 113-130) traz, no capítulo II de sua obra, o que denominou de “*formas extraconvencionais de expressão do direito internacional*”, tratando aí, primeiramente, acerca do *costume internacional*, para então tecer apontamentos sobre os *princípios gerais do direito*.

Já em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 327-361), a partir do estabelecido no título II como “*formação não convencional do direito internacional*”, se traz, no capítulo I, “*os modos “espontâneos” de formação*”

Aí trata primeiro sobre *o costume*, e então sobre *os princípios gerais de direito* (grifo nosso); onde “esta “espontaneidade” não impede que se procurem identificar as regras [...] formadas e determinar *como elas se manifestam*”(PELLET, DINH e DAILLIER, p. 327-361).

134. Em referência ao texto do citado artigo 38, sobre a afirmação quanto aos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*, “há alguma evidência de que os redatores do texto [...] pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais “aceitos por todas as nações *in foro domestico*, tais como certos princípios de processo [e] o princípio da boa fé [...]””. (REZEK, 2000, p. 128). Ao que se acrescenta o depoimento de Phillimore:

O uso do termo *nações civilizadas* não teve substrato discriminatório ou preconceituoso, tal como ficou desde logo esclarecido. A ideia é a de que onde existe ordem jurídica – da qual se possam depreender princípios – existe civilização. Ficam assim excluídas apenas as sociedades primitivas – que, de todo modo, porque não organizadas sob a forma estatal, não teriam como oferecer qualquer subsídio (PHILLIMORE apud REZEK, 2000, p. 128).

135. Em conformidade com o que se assinalou em Pellet, Dinh e Daillier sobre o não impedimento de se procurar identificar as regras formadas, e de se determinar como estas se manifestam, A. Mello (1979, p. 209) afirma que “os princípios gerais de direito fazem parte do direito positivo”.

E acrescenta que “eles não se confundem com o direito natural, no sentido de que se reduzem àqueles enunciados primeiros da justiça”, e ao que “é de se assinalar que os princípios do Direito Natural [...] estão incorporados aos princípios gerais do direito, sem que estes se confundam com aqueles” (MELLO, 1979, p. 209).

136. No mesmo sentido, “para se verificar se estamos em presença de um princípio geral de direito, propõe Aréchaga que nos utilizemos do Direito Comparado”. (ARÉCHAGA apud MELLO, 1979, p. 210).

Mello (1979, p. 210) defende, dessa forma, que “não há necessidade de que [o princípio] esteja consagrado de modo unânime em todas as legislações, sendo suficiente que haja apenas uma generalidade”, e acrescenta que, “na verdade, são princípios consagrados nos

sistemas jurídicos de poucos Estados “aos quais se tenta atribuir arbitrariamente caráter universal””. (SERENI apud MELLO, 1979, p. 210).

137. Sobre o tema levantado acerca da universalidade, em Pellet, Dinê e Daillier (2003, p. 358) se afirma que “só podem ser transpostos à ordem jurídica internacional os princípios *comuns* aos diferentes sistemas jurídicos nacionais”, e também que “é necessário e suficiente que um princípio interno se verifique na maior parte dos sistemas jurídicos, não em todos”.

138. Também se considera que “nem todos os princípios comuns aos sistemas jurídicos nacionais são aplicáveis na ordem internacional. Impõe-se para mais que sejam “transponíveis” (J. Basdevant)”, no sentido “que sejam compatíveis com as características fundamentais da ordem internacional” (BASDEVANT apud PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 359).

Sobre o que incidem “as diferenças de estruturas entre o direito interno e o direito internacional”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 359).

Sobre esse processo de adequabilidade que deve ser empreendido quanto à aplicação dos princípios gerais de direito na ordem internacional, em Pellet, Dinê e Daillier (2003, p. 359) se encontra, por exemplo, “o princípio geral de direito interno segundo o qual o *indivíduo* pode comparecer em juízo, [o que] não é aplicável numa ordem internacional fundada na justaposição de *Estados* soberanos”

Aí se considera sobre a competência *exclusiva destes Estados* “para solicitar uma instância internacional numa base consensual” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 359).

139. Considerando então os “*princípios gerais de direito consagrados pela jurisprudência internacional*”, e no que ainda se observa que “é difícil elaborar uma lista exaustiva, pois os tribunais internacionais [...] adquiriram o hábito de não esclarecerem [se o princípio aplicado] é daqueles previstos no artigo 38.º, §1-c, do Estatuto”, em Pellet, Dinê e Daillier (2003, p. 359) se encontram alguns exemplos, agrupados, por mera sugestão, em categorias.

140. Numa primeira categoria, em Pellet, Dinê e Daillier (2003, p. 359-360) encontram-se os “princípios relacionados com o conceito geral de direito; [são estes] o abuso do direito e princípio da boa fé [...]; ninguém pode impor o seu próprio erro [...]; qualquer violação de um compromisso envolve a obrigação de reparar o prejuízo sofrido”, e, ainda aí, os “princípios de segurança jurídica e do respeito da “confiança legítima” [...]”.

141. Em uma segunda categoria, os “princípios de caráter contratual transpostos para a matéria dos tratados”, entre estes: “princípio do efeito útil [...]; princípios relativos aos

vícios do consentimento e à interpretação [...]; força maior; [e, também, o da] prescrição liberatória, segundo a doutrina dominante [...]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 360).

142. Na categoria seguinte, os “princípios relativos ao contencioso da responsabilidade, [assim como:] princípio da reparação integral do prejuízo [...]; juros de mora; [e,] exigência de um elo causa-efeito entre facto gerador da responsabilidade e o prejuízo sofrido [...]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 360).

143. Numa outra categoria, os “princípios processuais contenciosos”, justificando-se “a transposição destes princípios para a ordem internacional” diante “o grau de aperfeiçoamento atingido pela organização jurisdicional, sob reserva do reduzido lugar concedido aos indivíduos”; entre estes princípios: “força do caso julgado [...]; ninguém pode ser juiz e parte em causa própria [...]; igualdade entre as partes; [e ainda,] respeito dos direitos da defesa [...]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 360).

144. Ainda também os “princípios do respeito dos direitos do indivíduo”, tais como: “protecção dos direitos fundamentais [...]; protecção específica dos direitos dos agentes públicos; [e também, o] princípio geral segundo o qual os tribunais devem ser estabelecidos pela lei [...]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 360).

145. Por fim, na categoria dos “princípios incidindo sobre o regime dos actos jurídicos”, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) se vale de “princípios relativos ao efeito intertemporal dos efeitos dos actos jurídicos, ao recesso dos actos administrativos criadores de direitos [e ainda] ao “equilíbrio dos interesses em presença””. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 360).

Em exemplo de princípio relativo ao recesso de atos administrativos criadores de direitos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título IV, Da Organização dos Poderes, Título I, Do Poder Legislativo, na Seção VII, Das Comissões, traz, em seu artigo 58, que “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”, para, no § 4º, acrescentar que “Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária”. (BRASIL, 1988).

150. José F. Rezek (2000, p. 128,129), além de fazer referência aos já citados princípio da boa fé e princípio da coisa julgada, apresenta, com ressalvas, “princípios comuns

às ordens internas do Ocidente – como o dos *direitos adquiridos* e o da *justa indenização pela nacionalização de bens estrangeiros*”

Prestigia também “os grandes princípios gerais do próprio direito das gentes na era atual”, quais são “o da *não-agressão*, o da *solução pacífica dos litígios entre Estados*, o da *autodeterminação dos povos*, o da *coexistência pacífica*, o do *desarmamento*, o da *proibição da propaganda de guerra*; sem prejuízo de outros [...]”, a exemplo do princípio “da *continuidade do Estado*” (REZEK, 2000, p. 128, 129).

Lembra este autor também acerca daqueles princípios “com grande lastro histórico: *pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori*, *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*”, este último quanto ao que ninguém pode transmitir mais direito do que ele próprio tem (REZEK, 2000, p. 128, 129).

151. Mello (1979, p. 210) resgata muitos destes princípios mencionados e ainda, citando Guggenheim, acrescenta os princípios “da responsabilidade internacional nascida de atos ilícitos e restituição do que foi adquirido por enriquecimento ilícito, [assim como] a obrigação de reparar não apenas nos danos emergentes, mas também nos casos de [lucros cessantes]”.

152. Ao tecer suas considerações finais a respeito dos princípios, Rezek (2000, p. 130) afirma que “é irrecusável [...] que os sujeitos do direito internacional vêm consentindo [...] em torno de normas [...] advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e [...] imunes ao seu poder de manipulação”

Partindo de uma “perspectiva operacional, [se acrescenta que] não chega a ser importante distinguir, entre os princípios gerais, os que são [...] decorrência da razão [ou da] lógica jurídica, [daqueles] que repousam [...] sobre um valor ético” (REZEK, 2000, p. 130). A esta última posição acrescentada em Rezek deve ser ressalvado o proposto quanto à distinção entre princípios (v. *supra*, n.º 135) e que diz respeito relativamente ao tema central deste estudo.

153. Seguindo quanto ao principal destes argumentos em Rezek, considerando que “estes princípios [gerais de direito] demonstram a unidade da ciência jurídica, uma vez que eles são comuns a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, [e que] a “consciência jurídica” é uma só” (MELLO, 1979, p. 211), se faz lembrar “que o Comitê de Juristas, em 1920, nada mais fez do que codificar uma fonte [...] consagrada na jurisprudência internacional”. (VERDROSS, 1973, p. 83 e ss.).

3.5.1 Conclusão Princípios

Reafirmando que a proposta preserva-se de propor uma classificação das fontes e aqui unicamente acompanha o texto quanto à enumeração das fontes no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, em seu artigo 38.

Podemos concluir assim essas observações sobre os princípios gerais do direito, e ao que será resgatado e aprofundado, tratando-se mais propriamente do assunto quando da demonstração do papel que estes princípios desenvolvem.

Assim sendo, cabe aqui alterar a sequência do citado artigo 38 e destacar o que a doutrina ainda considera quanto ao tema das fontes.

3.6 EQUIDADE

Após os princípios gerais de direito, o texto do artigo 38º, 1-d) do Estatuto da Corte Internacional (ICJ, 1945) prevê expressamente a aplicação das decisões judiciais e da doutrina *como meio auxiliar para determinação das regras de direito*.

Tendo em vista tratar-se destes e de outros institutos mais adiante, preferiu-se antecipar as observações quanto à faculdade de aplicação da equidade, em virtude do que segue.

154. Primeiramente, a respeito das observações iniciais de A. Mello sobre este tema: “A equidade (“ex aequo et bono”) pode ser definida como “a aplicação dos princípios de justiça a um determinado caso” (Rousseau)”. E segue este autor, para, assim considerando, afirmar que “[a equidade] não constitui [...] uma fonte formal do Direito Internacional”. (ROUSSEAU apud MELLO, 1979, p. 218).

155. Último item previsto pelo artigo 38º do Estatuto da Corte Internacional, no parágrafo 2º, a equidade é aplicada pelo Tribunal Internacional de Justiça conforme aí se estipulou que “a presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes”. (ICJ, 1945).

Em conformidade praticamente literal com o que prevê o texto do referido artigo 38, Mello (1979, p. 218) defende que “o juiz internacional somente pode decidir com base na equidade quando as partes litigantes lhe outorgarem expressamente poderes para tal”. E acrescenta que, “caso contrário, a sentença será passível de nulidade por excesso de poderes”.

Da mesma forma, ao tratar sobre a equidade entre os “*instrumentos de interpretação e compensação*”, José F. Rezek (2000, p. 141) entende “que o recurso à equidade depende da

aquiescência das partes em litígio [...], a Corte não poderá decidir à luz da equidade por seu próprio alvitre. A autorização das partes é de rigor”.

156. As considerações sobre a equidade, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 362), acrescentam que “aparentemente existe uma contradição fundamental entre as estruturas da sociedade internacional, apoiadas na soberania do Estado, e um poder tão exorbitante concedido ao juiz”. E também que, “no entanto os Estados não hesitam em fazer referência a isso nos instrumentos mais solenes”.

Diante essa questão, “é necessário dissociar as hipóteses em que a equidade é aplicada pela vontade expressa das partes e aquelas em que o recurso à equidade é justificado por considerações de boa fé [...] ou de boa administração da justiça”, para aqueles casos sem exigência de consentimento expreso (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 362).

157. Em relação à primeira hipótese, onde se tem o consentimento, “o recurso à equidade com o acordo das partes” pode ser visto sob “*as cláusulas de julgamento segundo a equidade*” e também sob a “*remissão do direito convencional para a equidade*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 362).

158. Quanto às “cláusulas especiais denominadas cláusulas de julgamento segundo a equidade”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 362) se considera que “podem figurar nos compromissos pelos quais as partes recorrem ao juiz ou árbitro, sobretudo naqueles relativos aos litígios de ordem territorial ou que incidam sobre a responsabilidade”.

159. No que diz respeito à “remissão do direito convencional para equidade”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 363) se tem que, “não fazendo da equidade o motor da resolução de conflitos, os Estados preferem fazer dela um guia para a aplicação do direito”.

Onde “basta [aos Estados] remeter para a equidade ou para “princípios equitativos” na definição convencional das normas ou instituições jurídicas”; e assim, “de simples “faculdade”, o recurso à equidade torna-se uma obrigação jurídica e a equidade identifica-se com a regra de direito da qual constitui substância” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 363).

160. Em relação à segunda hipótese levantada, qual encontrada em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 364) como “o recurso à equidade sem o acordo expreso das partes”, se indaga quanto a “uma presunção de equidade”, e se levanta a questão da “remissão do direito consuetudinário ou de princípios gerais de direito para a equidade”.

161. Sobre a referida “presunção de equidade”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 364) se afirma que, “de uma maneira geral, a equidade é uma “qualidade do direito” que

impregna todas as regras do direito internacional” e assim se conclui que “por conseguinte e por definição, [a equidade] não permite afastar a aplicação de regras de direito”.

162. E ainda, sobre a “remissão do direito consuetudinário ou de princípios gerais de direito para a equidade”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 364-365) se faz referência à “*ilustrações dessa hipótese*”, onde se conclui que “existe aqui obrigação jurídica de recorrer à equidade; e a equidade, *identificando-se com a regra de direito*, é uma fonte de direito”.

Ainda sobre aquela remissão, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 365) também se levanta a respeito da “*natureza jurídica desta equidade “complementar”*”, onde há divisão de pareceres.

Nesta divisão de pareceres, “para uns, [a natureza jurídica de equidade “complementar”] representa princípios de justiça que não devem confundir-se com o direito, [para outros,] os princípios de equidade aplicáveis são verdadeiros *princípios de direito*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 365).

E ainda se encontra a possibilidade de a equidade possuir as funções de “corrigir o direito positivo (“*infra legem*”) [...], [de] suprir as lacunas do direito positivo (“*praeter legem*”), [e de] afastar o direito positivo (“*contra legem*”)”. (PAPINIANO apud MELLO, 1979, p. 218).

163. Albuquerque Mello (1979, p. 218-219) também considera que a equidade “tem sido considerada uma “justiça individualizada”, bem como serve de crítica ao direito positivo estimulando o aperfeiçoamento do Direito Internacional Público” e que “apresenta o perigo de ser uma noção imprecisa, bem como [de] conduzir à arbitrariedade”.

164. Se Afirma que “as cláusulas [de julgamento segundo a equidade] são formuladas de modo diverso, [ou de maneira] ambígua”, e também que “a equidade não é uma fonte de direito, mas um sistema de referência de resolução jurisdicional dos conflitos internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 362-365).

Assim como, “admitir que considerações de equidade podem levar a afastar regras de direito seria contrário ao princípio elementar de segurança jurídica”, em Pellet, Dinh e Daillier se conclui que “a equidade é portanto pelo menos o fundamento formal de regras internacionais; por vezes é a própria substância destas regras, [mas] será preciso ver-se na equidade uma fonte autônoma de direito”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 362-365).

165. E ainda se conclui, também em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 365) que, “nos outros casos, podemos considerar a regra da equidade, não como uma regra independente, constitutiva de uma quarta fonte de direito internacional, mas como uma regra acessória”.

Sendo assim, “um meio de interpretação de outras regras de direito [e] não é senão uma fonte derivada, indirecta, “segunda” do direito internacional” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 365).

Fazendo referência a uma sentença de 1928, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 365) ainda se afirma que “a equidade pode intervir “como princípio suplementar de decisão nos casos em que o direito positivo permanece silencioso””.

Dessa maneira, se não podemos definir a equidade como uma fonte de mesma categoria que as fontes anteriores, também não podemos ser levados a afirmar que consiste apenas em mero método de interpretação das regras positivas, já que compõe a substância destas regras, chegando a ser considerada fundamento formal das regras internacionais.

Devido a essas características mistas, considerando a noção de equidade muito próxima da noção do que se entende por direito, remetendo à ideia de equilíbrio e de justiça, identifica-se na equidade um divisor de águas quanto ao que se encontra sob fontes de direito internacional.

Passa-se então a levantar outras modalidades de formação do ordenamento jurídico internacional.

3.7 ATOS UNILATERAIS

A partir do que se considerou sobre os tratados, seguido do costume, dos princípios gerais de direito e também no que se observou sobre a equidade, a preferência por não seguir uma determinada classificação quanto o que se considera na doutrina sobre as fontes do direito internacional encontra, a partir deste ponto, seu principal motivo.

Pois que se preferiu deixar de lado o acompanhamento sequencial do que traz o texto do artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça para adiantar o que se considerou como mais pertinente ao atribuir à equidade o papel de fonte autônoma do direito internacional, como demonstrado quanto à íntima relação que estabelece com a noção de direito em sentido amplo.

Assim considerado como divisor de águas, o paradigma se apresenta diante o papel controverso que desempenham os próximos institutos quanto a serem considerados como fontes propriamente ditas.

Neste sentido, para poder elucidar a proposta com fluência adequada, preferiu se considerar sobre o tema genericamente tratado como fontes de direito internacional no seu aspecto mais particular de modalidades de formação do ordenamento jurídico internacional.

Esta breve exposição de motivos mais criteriosa é feita aqui com a finalidade de melhor situar o papel dos atos unilaterais, e dos institutos que seguem, na formação das normas internacionais.

166. José F. Rezek (2000, p. 130), traz os atos unilaterais sob as “*formas extraconvencionais de expressão do direito internacional*”.

Afirma que “o art. 38 do Estatuto da Corte não menciona os atos unilaterais entre as fontes possíveis do direito internacional público”, e assim dá o tom do que propõe ser uma controvérsia considerar estes atos como fontes, diante do que “poucos são os autores que lhes concedem essa qualidade, sendo comum, de outro lado, a lembrança de que eles não representam *normas*, porém meros *atos jurídicos*” (REZEK, 2000, p. 130).

E segue este autor na elucidação deste aspecto controverso dos atos unilaterais, quando afirma que “não há, efetivamente, em tais atos qualquer aspecto normativo, marcado por um mínimo de abstração e generalidade” (REZEK, 2000, p. 130-131).

Ao que também considera que “é óbvio, entretanto, que esses atos produzem consequências jurídicas – criando, eventualmente, obrigações –, tanto quanto produzem a ratificação de um tratado, a adesão ou a denúncia” (REZEK, 2000, p. 130-131).

167. Sobre a distinção, apontada anteriormente, entre ato e norma, “todo Estado, entretanto, pode eventualmente produzir ato unilateral de irrecusável *natureza normativa*, cuja abstração e generalidade sirvam para distingui-lo do ato jurídico simples e avulso”. (REZEK, 2000, p. 131).

Frente às questões levantadas em Rezek, Celso A. Mello traz considerações de préstimo valioso ao entendimento dos atos unilaterais em sua relação com o direito internacional.

Preliminarmente, se considera que o “ato unilateral, na ciência jurídica, é aquele em que a manifestação de vontade de um sujeito de direito é suficiente para produzir efeitos jurídicos”. (MELLO, 1979, p. 199).

Seguindo a noção de fundamento como sendo fator de vinculação obrigatória imputado a determinado instituto jurídico, ou de onde este instituto retira sua obrigatoriedade, A. Mello (1979, p. 199) afirma que “o fundamento dos atos unilaterais parece estar no costume”.

E, ainda neste autor, “o ato unilateral tem que respeitar as normas de Direito Internacional Público. Geralmente [os atos unilaterais] surgem naqueles espaços não regulamentados pelo direito”. (MELLO, 1979, p. 199).

Assim, “Quadri [...] considera [os atos unilaterais] como fontes de terceiro grau, uma vez que eles tiram o seu fundamento do costume ou tratado internacional”. (QUADRI apud MELLO, 1979, p. 200).

Na mesma linha é o que se propõe em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 367), quando se coloca que “a prática e a jurisprudência internacionais reconhecem a existência [...] de outras categorias de instrumentos jurídicos que se distinguem dos tratados [por] seu carácter unilateral [e] autonomia”

Aponta-se assim elementos para uma distinção, entre o que aqui se denominou de “*modos de formação voluntários*”, acerca da “*formação não convencional*” no processo de formação do direito internacional, em relação ao denominado de “*formação convencional*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 119-400).

Ao apontar “uma característica comum [aos atos unilaterais, como sendo] sempre uma expressão de vontade num sujeito de direito internacional, tendente a criar efeitos de direito”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 367) também se menciona acerca da diversidade formal destes atos.

Assim como também se aponta para aquela controvérsia quanto ao papel de fonte de direito internacional público destes atos, aqui inicialmente apontada por Rezek (v. *supra*, n.º 166), pois “visto a “normatividade” [destes atos] ser muitas vezes contestada, [são estes] difíceis de relacionar com fontes formais tradicionais de direito internacional”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 367).

168. Dentre os citados modos de formação voluntários, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 368) ainda se propõe a divisão entre *atos unilaterais* e *atos concertados*, em razão de “a sua oponibilidade aos sujeitos de direito [se dar] em termos diferentes”.

169. Se na definição do ato unilateral, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 368-393) se tem que “por acto unilateral deve entender-se o acto imputável a um único sujeito de direito internacional”, também se tem uma divisão dentre os atos unilaterais dos Estados e os atos unilaterais das organizações internacionais.

170. A despeito dos atos unilaterais dos Estados, e considerando-se em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 369) que “é necessário – como para qualquer outro acto jurídico – que sejam demonstradas a imputabilidade do acto a um Estado, actuando nos limites da sua capacidade, e uma publicidade suficiente da vontade do Estado”, o direito internacional indiscutivelmente consagrou a produção de efeitos jurídicos dos atos unilaterais dos Estados, através dos “quais um Estado, agindo sozinho, exprime a sua vontade”, e a despeito de estes atos não serem mencionados no artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Também não é necessário aos atos unilaterais estatais, “que se estabeleça qualquer aceitação do compromisso unilateral pelos outros sujeitos de direito [e] os tribunais internacionais não se detêm na diversidade das manifestações desta vontade, visto que a intenção estatal é [ou parece] manifesta”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 369).

A respeito das manifestações de vontade estatais, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 369-370) se coloca situações onde se tem “em causa comportamentos explícitos das autoridades estatais, o que [autorizaria] mais facilmente a reconhecer-lhes actos jurídicos”.

E a respeito do que também, no caso de “silêncio mantido pelos representantes dos Estados; a jurisprudência não comporta precedentes muito esclarecedores”. Nestes últimos casos, “o juiz [...] decidirá em termos de oponibilidade dos comportamentos dos Estados e interessar-se-á sobretudo pela convergência dos actos positivos de uns e do silêncio de outros” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 369-370).

171. Considerando uma concepção estrita dos atos unilaterais estatais, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 370), os “actos unilaterais autônomos [compreendem o que a] doutrina admite como [...] *as manifestações unilaterais de vontade, sem o menor vínculo com um tratado ou um costume*”.

Onde por autonomia se compreende “a sua validade não depende [de] compatibilidade com outro acto jurídico, unilateral, bilateral ou multilateral” (PELLET, DINH e DAILLIER, p. 370).

Para estes atos cabe a *classificação material*; entre os quais os principais são a “*notificação, o reconhecimento, o protesto, a renúncia, e a promessa ou garantia*”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 370-371).

Sobre a notificação, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 370-371) se considera que, “na medida em que condiciona a validade de outros actos, é sempre um “ato-condição””.

Quanto ao “acto pelo qual o Estado verifica a existência de certos factos [...] ou actos jurídicos [...] e admite que lhe são oponíveis, [...] o *reconhecimento* [...] é sem dúvida o mais importante e o mais frequente dos actos unilaterais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 370).

Já “o *protesto* constitui uma vertente negativa do reconhecimento; trata-se de um acto pelo qual o Estado reserva os seus próprios direitos face às reivindicações de outro Estado ou contra uma regra em vias de formação”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 371).

Frente à situação onde “não são os actos ou os direitos dos outros Estados que estão em causa, mas os do Estado que renuncia” encontra-se o ato de *renúncia*. Ao que em Pellet,

Dinh e Daillier se observa que, “em conformidade com o princípio segundo o qual “as limitações à independência não se presumem” [...], as renúncias devem ser expressas e não se presumem”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 371).

Finalmente, a *promessa* ou *garantia* se trata de ato que “dá origem a novos direitos em proveito de terceiros, [...] diversamente dos actos unilaterais precedentes, que incidem sobre factos ou actos existentes”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 371).

Dessa maneira se destacou os principais atos autônomos, sem a intenção de exaurir todos exemplos, com intuito de demonstrar suas principais características e formas de manifestação, para melhor situar sua natureza como atos estatais.

172. Porém resumir os atos unilaterais dos Estados diante “a exigência de autonomia [...] acaba por restringir [o seu número. Na menor] perspectiva [de] fontes formais do direito [e mais] quanto na da formação do direito internacional, [essa exigência] não constitui critério necessário de delimitação [destes actos]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 371).

A partir dessa perspectiva mais adequadamente colocada como formação do direito internacional em relação à perspectiva de fonte, entre os atos unilaterais estatais, encontram-se também “os *actos unilaterais ligados a uma prescrição convencional ou consuetudinária*, [em] uma definição lata dos actos unilaterais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 371).

E onde também, “com efeito, os actos unilaterais desempenham um papel decisivo [na elaboração e aplicação do direito convencional e consuetudinário”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 372).

173. Quanto aos atos unilaterais ligados a uma prescrição convencional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 372) se afirma, preliminarmente, que “a competência do Estado, para realizar certos actos, é-lhe muitas vezes conferida por um acordo no qual é parte. Assim acontece na adesão ao tratado, na denúncia ou no recesso regulamentados, e nas reservas a este tratado”.

Assim sendo, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 372), “a combinação de um tratado e um ou vários actos unilaterais é uma solução corrente [, e evita] consagrar, abertamente, as discriminações entre as partes”.

Assim como, “a convergência do acto convencional e do acto unilateral pode [...] visar a confirmação do carácter “objetivo” e oponível a todos do tratado em causa: a declaração substitui neste caso a adesão formal” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 372).

E também, “o acto unilateral prolongará os efeitos no tempo do acto convencional [e pode] dar “existência jurídica” ao conteúdo de um tratado que não está em vigor, [já deixou] de estar, ou [ainda não o está]” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 372).

174. Já quanto às “relações entre o costume e os actos unilaterais [, também são] muito numerosas. Os actos unilaterais podem fornecer precedentes constitutivos de regras consuetudinárias [, assim como podem ser] a consequência [destas regras]”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 373).

175. E ainda, “cada vez com mais frequência, os actos unilaterais dos Estados incidem sobre o conteúdo de resoluções de organizações internacionais. Quer [por estas habilitados], quer se comprometam a respeitar suas prescrições”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 372).

176. Ao se propor analisar o alcance jurídico dos atos unilaterais estatais, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 373) é sugerido optar por fazê-lo a partir do alcance dos atos “autonormativos” e dos atos “heteronormativos”.

No que diz respeito aos atos “autonormativos”, em primeiro lugar, se afirma que “não há dúvida de que os Estados podem impor a si próprios obrigações ou exercer unilateralmente direitos nos limites admitidos pelo direito internacional geral” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 373-374).

Em segundo lugar, nestes casos, “se a jurisprudência é clara quanto ao princípio de efeito obrigatório do acto unilateral válido, dá lugar a incertezas quanto ao regime jurídico desse mesmo acto”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, 373-374).

Estas incertezas partem de que, “no que respeita aos princípios a aplicar para a interpretação do conteúdo do compromisso unilateral, [da jurisprudência internacional resulta que os princípios relativos aos tratados] não podiam aplicar-se senão por analogia [e em compatibilidade] com [o próprio ato]” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 374-375).

Sendo que, quanto à reversibilidade destes atos, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 374-375) “é necessário admitir uma “faculdade de arrependimento”, mas o seu exercício não pode ser deixado ao livre arbítrio do Estado [, o que] seria menosprezar os direitos conseguidos pelos outros Estados [e violação grave] da segurança jurídica”.

Ao que, também em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 375), se inicialmente “sustentou-se [...] que as condições de validade e de licitude do acto estatal unilateral apresentavam características inéditas em relação às aplicáveis aos tratados [,] na realidade existem numerosos aspectos comuns”

Podendo aí ser citado que “o acto unilateral deve respeitar a hierarquia das normas, quando ela existe [...], assim como o princípio de licitude do fim e do objecto do acto; também não deve incorrer em vícios do consentimento” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 375).

Considera-se ainda que nos atos unilaterais dos Estados existe “a tendência contemporânea para “encobrir” os pretensos vícios destes pela sua compatibilidade com as resoluções de organizações internacionais” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 375)

Ainda em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 375) se faz a transição para o tema dos atos heteronormativos, pois “conforme a adoção de tais resoluções tenha ou não modificado a hierarquia das normas em vigor, assim os actos unilaterais poderão ser julgados legítimos ou não”.

E assim o problema se desloca para o próximo tema.

177. Concluindo acerca da existência de atos heteronormativos, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 375) determinados “na medida em que criam direitos em proveito de outros sujeitos de direito [, deve se relevar que] este carácter heteronormativo [é acentuado quando o ato unilateral estatal] pretende impor obrigações a outros sujeitos de direito”.

Se é evidente que a oponibilidade entre Estados não se exige sem o seus respectivos consentimentos, também não se opõe o ato unilateral do Estado às organizações internacionais (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 375).

178. Apesar de em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 376) se abrir aqui, quanto aos atos unilaterais estatais, a possibilidade de “um Estado [...] estar em condições de agir como representante ou “mandatário” da comunidade internacional”, neste autor se conclui que “um Estado pode, [...] impor obrigações a outros [desde que se limite a fazê-lo nos limites de competência] estabelecidos por regras convencionais ou consuetudinárias”.

Ainda que dessa maneira se remeta o fundamento dos atos unilaterais para o costume ou para a convenção, como já visto colocado por Quadri, e ainda considerando Chaumont, quanto ao aspecto “transitório” destes atos, que “apenas existiriam à espera da regra costumeira ou convencional”, devemos concluir com Mello que “não vemos como negar o aspecto de fonte aos atos unilaterais [, vez que] são normas jurídicas pelas quais os Estados devem pautar sua conduta”, desde que guardemos o que foi observado. (CHAUMONT apud MELLO, 1979, p. 200).

Assim sendo, tendo sido resgatado com certa particularidade acerca dos atos unilaterais dos estados por trazer para melhor perspectiva algumas das questões mais atuais e críticas acerca da dinâmica de formação jurídica internacional, nesta perspectiva passa a ser resgatado algumas observações sobre os atos unilaterais e as decisões das organizações internacionais.

3.8 ATOS E DECISÕES DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS.

De maneira que se salientou de forma genérica suficientemente embasada acerca dos atos unilaterais particularmente no que se viu quanto aos atos estatais.

Serão tecidas observações sobre estes atos quanto às organizações internacionais naquilo que quanto a estas se destaca o tema dos atos unilaterais em relação ao recém visto quanto aos atos estatais.

179. Ao assim se propor, se alinha com a metodologia adotada por Albuquerque Mello (1979, p. 204), quando este autor dedica em tópico aqui na íntegra citado, sob os atos unilaterais, que “as resoluções das organizações internacionais constituem uma das mais modernas fontes do Direito Internacional e surgem como um ato unilateral”

Embora sem com isto alterar a preservação da já mencionada liberdade metodológica e de classificação quanto ao tratamento do tema das fontes em nossa matéria.

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 376, grifo original), ao se considerar o tema dos “*actos unilaterais das organizações internacionais*” se destaca inicialmente sobre as “incertezas terminológicas [, quanto à adoção, pelos órgãos internacionais, de] “resoluções”, “recomendações” e “decisões””, bem como quanto à emissão de “pareceres consultivos”, de redigirem “acórdãos” e de proferirem “sentenças”.

Diante o que constata Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 376-390), que “a incerteza terminológica e a ambiguidade conceitual são a regra”, são destacados os temas aí previstos entre o que se agrupou sob *decisões* e sob *recomendações*.

180. Para definir o que se entende por decisão de uma organização internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 378) se regata que “no sentido técnico, a decisão é um acto unilateral “com força obrigatória”. isto é, um acto [...] de uma manifestação de vontade de uma organização, [imputável a esta, e cria obrigações aos destinatários]. É efetivamente um acto jurídico internacional”. Este autor ainda considera que “somente um acto de um órgão internacional que tem tais efeitos merece esta qualificação”.

181. Este sentido técnico de decisão difere em sentido de um ato que visa a conclusão de uma discussão ou deliberação, o que pode ser qualificado como uma recomendação (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 378).

A esse respeito, a Corte Internacional “pode requalificar um acto, fundamentando-se em critérios objectivos”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 379).

182. Dentro do que considera como *ato autonormativo*, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 380), se encontram “as decisões ligadas ao funcionamento da organização”.

E, “como têm efeito obrigatório para os órgãos da organização e para os Estados membros, as decisões são adoptadas segundo processos muitas vezes complexos destinados a fazer repetir certos equilíbrios políticos” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 380).

Aí também são consideradas, em Pellet, Dinh e Daillier, “*as decisões que regem as atividades “externas” da organização*”, onde “uma organização pode comprometer-se [...] a adoptar comportamentos face a Estados, a outras organizações ou mesmo, a pessoas privadas, na execução de sua própria política” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 380).

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 381), se resgata também o tema já visto quanto aos atos estatais, aqui, pois, quanto à legalidade e oponibilidade “das medidas de aplicação da organização [internacional,] enquanto uma nova decisão contrária não tiver substituído a antiga pelo processo previsto”, sendo assim as “[decisões aqui mencionadas] verdadeiros actos jurídicos”.

183. Já dentro do que se considera *ato heteronormativo*, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 381), em relação aos atos unilaterais das organizações internacionais, são considerados principalmente os que mais significativamente enriquecem a compreensão de nossa proposta, quais sejam, os atos das Nações Unidas.

Preliminarmente se afirmando que “as organizações da “família das Nações Unidas” podem também criar directamente obrigações a cargo dos Estados membros, mais excepcionalmente a cargo de outras organizações ou dos indivíduos”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 381) se trata acerca do campo de atuação dos atos aí celebrados.

184. Em alguns casos, as “decisões têm um alcance *individual* [, como nas] sentenças dos tribunais internacionais. Em virtude da autoridade do caso julgado, estas sentenças são incontestáveis actos jurídicos” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 381).

Com o mesmo alcance individual, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 381) se menciona as “decisões da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança: decisões de admissão [...], da constatação de uma situação ou de uma medida de sanção”.

185. Em outros casos, “as organizações podem também usar o seu poder regulamentar para adoptar decisões *de alcance geral* que interessam aos Estados”, onde se salienta que “um tal poder é atentatório para as soberanias nacionais; [e que] não devemos, portanto, surpreender-nos se fica a maior parte das vezes encerrado em limites estreitos e se aplica apenas a problemas técnicos”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 383).

186. Já no que diz respeito à “*aplicação das decisões das organizações*”, se trata aqui, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 384), sobre a aplicação “*na ordem internacional e na ordem jurídica interna*”.

187. No caso da aplicação na ordem internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 383-384), “a aplicação das decisões das organizações depende em primeiro lugar da validade e do alcance intrínseco das resoluções [oponíveis aos Estados membro, ou de alcance geral]”

Assim como “a aplicação das decisões pode estar comprometida em caso de conflito entre estas decisões e normas consuetudinárias ou convencionais” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 383-384).

Ainda quanto à aplicação na ordem internacional, lembra-se que, em “face à má vontade de um Estado, as técnicas institucionalizadas [...] correm o risco de ter uma eficácia limitada” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 383-384).

188. Já no caso da aplicação na ordem jurídica interna, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 384), “os tribunais nacionais mostram-se embaraçados quando lhes é solicitado que apliquem decisões das organizações internacionais [, sendo que] à sua jurisprudência falta coerência”

E também se considera que “com bastante frequência os tribunais internos evitarão pronunciar-se directamente sobre o valor jurídico destes actos” (PELLET, DINH, e DAILLIER, p. 384).

189. Lembrando que, sob os atos das organizações internacionais, ao lado das decisões, encontram-se as recomendações, “a recomendação é um acto que emana, em princípio, de um “*órgão intergovernamental*” e que propões aos seus destinatários um determinado comportamento”, sendo esta definição aplicável também ao “parecer”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 386-387).

Sobre as recomendações, é importante ter em consideração que o seu domínio “é tão diversificado como as finalidades reconhecidas às organizações internacionais contemporâneas”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 387).

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 387) também é colocado que se deve ter em conta que “os destinatários destas recomendações são em primeiro lugar os Estados, membros ou não membros da organização, e os órgãos de uma mesma organização; são também outras organizações quando existe hierarquia entre elas”, e ainda “podem ser por vezes particulares um empresas”.

190. O que importa dizer que, “esta diversidade de utilização da recomendação explica que o seu alcance jurídico possa variar e que, mesmo quando não tem força obrigatória, a sua contribuição para a elaboração do direito se mantém constante”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 387).

Com destaque entre o que se traz, quanto ao aspecto normativo das recomendações, “a adoção de recomendações [...] trazem uma contribuição cada vez mais sensível à formação de regras costumeiras [, e nessa qualidade] devem traduzir uma *opinio juris* e serem seguidas por uma prática conforme” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 390).

Aqui, “não exprimindo necessariamente uma real *opinio juris*, a sua função limita-se muitas vezes ao papel de “fermento” do processo costumeiro”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 390).

Mesmo consideradas como atos heteronormativos, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 381), as decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais tem papel de relevância para a formação do direito internacional, onde também estas organizações “dispõem assim dos meios mais eficazes para exercer as suas funções de unificação ou de integração”.

Na mesma linha, A. Mello (1979, p. 208) defende que “não podemos negar o caráter de fontes a estas decisões das organizações internacionais [...]. Negar que estas decisões sejam fontes de Direito Internacional é não reconhecer o processo de integração da sociedade internacional”.

Assim sendo, podemos aqui concluir em concordância com estes autores acerca daquilo considerado como fonte do ordenamento jurídico internacional, mais propriamente no que diz respeito ao processo de formação deste ordenamento, fazendo-se apontamentos quanto aos meios auxiliares.

3.9 MEIOS AUXILIARES

191. É pertinente ainda ser considerado o que o artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, em seu § 1º, d), trouxe como “meios auxiliares para a determinação das regras e direito”, quais sejam, a doutrina e a jurisprudência (ICJ, 1945).

192. Quando se coloca diante o questionamento quanto a esse “papel subsidiário da jurisprudência e da doutrina” (ICJ, 1945, artigo 38º, § 1º, d), em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 403), se conclui que da leitura do artigo 38.º se “subentende que existem outros meios susceptíveis de servir – e até servir melhor – o mesmo fim”.

Alude-se aí à possibilidade de assim se pensar, atualmente, “nas recomendações de organizações internacionais [sem] valor obrigatório” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 403).

Assim também considerou Celso A. Mello (1979, p. 216), no que, “ao lado dos elementos subsidiários [expressos] existem outros a que a Corte pode recorrer como “meio auxiliar para a determinação das regras de direito”: o Direito Interno, o Direito Romano, a História etc.”.

193. Ainda assim, deve ser tomado por certo que “o Tribunal “aplica” regras de direito, servindo-se da jurisprudência e da doutrina para as descobrir: são *meios de determinação das regras* consuetudinárias e convencionais ou dos princípios gerais de direito”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 403).

Na mesma linha é o que se coloca em A. Mello (1979, p. 215), assim “os elementos subsidiários de que a Corte pode se utilizar não são propriamente fontes [, não] constituem um modo pelo qual se manifesta a norma jurídica internacional”

Dessa maneira se conclui que “eles são simples meios que auxiliam na constatação do Direito, ou na sua interpretação. Não sendo fontes do Direito Internacional, eles não são obrigatórios para os sujeitos do Direito Internacional” (MELLO, 1979, p. 215).

Ainda se considera que “mais importante em direito internacional do que em direito interno, o papel da doutrina e da jurisprudência admite que os Estados e as organizações internacionais queiram manter um domínio completo das regras que se lhes impõem”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 403).

Sobre estes meios auxiliares, primeiramente se dá destaque para a doutrina.

3.9.1 Doutrina

194. Situando a partir de uma perspectiva histórica, Mello (1979, p. 215) coloca que “a doutrina deu, através de associações científicas (Instituto de Direito Internacional, American Society of International Law etc.), uma grande contribuição ao desenvolvimento do Direito Internacional”

Também defende que “a doutrina tem no Direito Internacional um papel proeminente na constatação e delimitação da norma jurídica, uma vez que a nossa disciplina é ainda formada principalmente por normas consuetudinárias” (MELLO, 1979, P. 215).

Já a definição de doutrina, trazida em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 404), “tem duas acepções sem ligação entre si, das quais somente a segunda é aqui tomada em consideração”.

Dessa maneira, em primeiro lugar, se trata de doutrina enquanto o que “designa por vezes a posição dos actores internacionais sobre problemas políticos [, tais como as] doutrinas

de Monroe, Hallstein, Brejnez [, e] não pretendem exprimir o direito internacional mas, quando muito, uma “política jurídica externa” (G. de Lacharrière)” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 404).

195. Ao que visa o artigo 38.º do Estatuto do I.C.J., “por doutrina entende-se [...] as posições dos autores, das sociedades eruditas ou dos órgãos chamados a formular opiniões jurídicas sem comprometer os sujeitos de direito [...] dos quais derivam”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 404).

Ao tratar da “*doutrina propriamente dita*”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 404) se remete àquelas considerações de situação histórica feitas por Mello. Assim sendo, se coloca que “os autores do Estatuto [dos tribunais internacionais julgaram] oportuno fazer uma referência expressa à contribuição da doutrina [, e] prestar homenagem ao papel importante que ela desempenhara no passado”.

Diante que, à época “a prática diplomática permanecia confidencial, [a doutrina vinha] constatar, classificar e explicar os precedentes de um direito ainda essencialmente consuetudinário ou para sistematizar uma jurisprudência internacional dispersa”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 404).

196. Apesar de o texto do mesmo artigo 38 referido tratar da doutrina como “os publicistas mais qualificados de diferentes nações” (ICJ, 1945, artigo 38º, §1º, d), enquanto indivíduos, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 405) se defende que “não podemos pôr em parte, todavia, a contribuição das “sociedades eruditas”, organizações não governamentais que apresentam a vantagem de autorizar comparações mais amplas das práticas internacionais e um debate científico menos subjectivo”.

Ainda se considera por doutrina, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 405), quanto “às *consultas jurídicas*”, a respeito de que, “os sujeitos de direito internacional têm, desde sempre, experimentado a necessidade de uma avaliação jurídica. Eles fazem apelo neste aspecto a jurisconsultos ou a colégios de peritos [, onde] as soluções são muito diversas”.

Neste aspecto, “as organizações internacionais criaram, ao longo dos anos, numerosos órgãos consultivos compostos por peritos juristas: na O.N.U., além da C.D.I., apareceram a C.N.U.D.C.I. e a U.N.I.T.A.R.”, onde também se resgata “os órgãos regionais mais representativos, [como] o Comitê Jurídico consultivo Afro-Asiático e o Comitê Europeu de Cooperação Jurídica (Conselho da Europa)”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 406).

197. Por um lado, tanto em Mello como em Pellet, Dinh e Daillier, se verifica que o papel de significância da doutrina vem perdendo seu espaço, diante, em Mello (1979, p. 216), que esta tem “cedido lugar à jurisprudência”, e em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 404),

diante “o desenvolvimento dos repertórios de prática internacional [, e] os trabalhos efectuados sob os auspícios de organizações internacionais”.

Por outro lado, e ainda considerando o observado acerca dos órgãos consultivos, não podemos negar o significativo papel que desempenha ainda na atualidade.

Assim sendo, passa-se ao elemento subsidiário expressamente apresentado junto à doutrina no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945, em seu artigo 38º, §1º, d, qual é a jurisprudência.

3.9.2 Jurisprudência

198. Para se considerar o tema da jurisprudência diante o tema das fontes de direito internacional, pode ser tomado como ponto de partida a exposição feita por A. Mello (1979, p. 216), onde “alguns autores (Vellas) consideram que a tendência nos tribunais internacionais é a de reconhecerem um “poder normativo” à jurisprudência”.

Os argumentos destes autores, em Mello (1979, p. 216), aludem ao fato de que a Corte Penal de Justiça Internacional “em várias decisões se refere a “princípios consagrados pela jurisprudência internacional” [, de que] as sentenças anteriores servem de diretriz ao juiz que vai julgar caso semelhante; [, e de que] os tribunais administrativos das organizações internacionais têm poder normativo”.

Assim como, estes autores também aludem ao fato de que, “do mesmo poder [dos tribunais administrativos] é dotada a Corte de Justiça das Comunidades Europeias [, e ainda que] alguns tribunais arbitrais são dotados do poder de estabelecer normas internacionais”.

Pode-se afirmar ainda que “a jurisprudência internacional teria um duplo valor “como elemento de interpretação e a prova de princípio e normas já existentes””. (SERENI apud MELLO, 1979, p. 216).

199. A definição de jurisprudência, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 406), traz que “a jurisprudência é constituída pelo conjunto das decisões jurisdicionais ou arbitrais, tanto nacionais como internacionais”.

Assim, neste mesmo autor, se “considerando isoladamente, um acórdão ou um parecer de um tribunal internacional constitui um precedente ou um meio de determinação do direito; não é a “jurisprudência”” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 406).

Em Mello (1979, p. 216), se tem condução semelhante: “A Corte Internacional de Justiça só dá valor à jurisprudência quando ela é dotada de constância e generalidade [, sendo que] nunca [se] recorreu à jurisprudência dos Estados”.

Ainda que “G. Scelle [parta] da ideia de que a noção de acto jurisdicional é uma” (PELLET; DINH; DAILLIER, p. 2003, p. 407) e que este mesmo autor “já observava que [...] a jurisprudência era uma fonte do Direito Internacional” (SCELLE apud MELLO, 1979, p. 216), em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 408), após sólida argumentação, se conclui que “somente os acórdãos têm esta qualidade [de fonte] e ainda com uma oponibilidade restrita aos Estados partes no contencioso”

Referindo-se esta oponibilidade ao artigo 59.º do Estatuto do Tribunal, expressamente mencionado já em seu artigo 38.º. Neste artigo 59.º se verifica a competência limitada deste tribunal quanto ao alcance de suas decisões, pois aí se determinou que “as decisões da Corte não têm força obrigatória senão entre as partes e em respeito ao caso em particular”. (ICJ, 1945, artigo 38.º e 59.º).

200. E segue-se em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 408) para se concluir com este autor, sobre parecer do Tribunal Internacional de Justiça em 8 de Julho de 1996, que “uma jurisdição, seja esta o Tribunal Internacional de Justiça, [apenas] “diz o direito existente e não legisla sobre este ponto. Esta é a verdade mesmo que o Tribunal, dizendo e aplicando o direito, deva necessariamente precisar o alcance e, por vezes constatar a evolução””.

Assim concluindo sobre a jurisprudência no direito internacional, considera-se ainda sobre um último instrumento de interpretação na qualidade de meio de integração, qual seja a analogia.

3.9.3 Analogia

201. Tendo em vista não haver entre os autores de nossa matéria um consenso uniforme sobre a classificação das fontes do direito internacional, deve-se lembrar que esta proposta se preservou de uma classificação geral sobre esse tema, mais propriamente em razão de nos propormos acompanhar a sequência do exposto no texto do artigo 38.º do Estatuto do Tribunal (ICJ, 1945).

Alterou-se apenas a posição da equidade por uma questão meramente didática.

Assim considerando, procurou-se buscar uma linha comum entre os autores para tratar dos temas não expressamente previstos no referido artigo e que são pertinentes ao tema proposto.

José F. Rezek (2000 p. 136), por exemplo, preferiu tratar a respeito da jurisprudência, da doutrina e da equidade, sob o título de “*instrumentos de interpretação e de compensação*”. Aí também se referiu este autor à analogia.

Coloca também que “a equidade, por seu turno, aparece ao lado da analogia como um método de raciocínio jurídico, um critério a nortear o julgador ante a insuficiência do direito ou [para evitar um *non liquet*]” (REZEK, 2000, p. 136).

Fazendo as ressalvas de que “em direito das gentes não se podem construir, pelo método analógico, restrições à soberania, nem hipóteses de submissão do Estado ao juízo exterior, arbitral ou judiciário”, Rezek (2000, p. 140) segue quanto à noção de raciocínio jurídico acerca da analogia: “não se cuida, aqui, de [instrumento útil] à correta interpretação da norma jurídica existente, mas de [meio] para enfrentar seja a inexistência da norma, seja sua [...] falta de préstimo [para solucionar o caso]”.

A definição de analogia, em A. Mello (1979, p. 216), a coloca “como a aplicação de uma norma já existente a uma situação nova, quando esta é semelhante à que é aplicável à norma já existente”.

202. Ainda se considerando que “a norma não se manifesta através da analogia [, sendo que] o que ocorre é que [a norma] passa a ser utilizada para um outro caso a que ela não era aplicada”, em Mello (1979, p. 216-217) se defende que “a analogia não é, assim, uma fonte do Direito Internacional, mas será um modo de integração utilizado pelo juiz quando vai aplicar a norma jurídica e verifica que ela falta”.

Aqui, em Mello (1979, p. 217) também se considerando que “a analogia surgiria assim no processo de interpretação se o entendermos no sentido amplo, isto é, a aplicação pelo jurista da norma ao caso concreto”.

Em A. Mello (1979, p. 217) ainda se levanta a possibilidade de se tratar a respeito de duas modalidades de analogia: “a analogia “legis” e a analogia “juris””.

203. Segundo este autor, a analogia “legis” “ocorre quando o assunto já se encontra regulamentado, mas que contém uma falha. Nesta hipótese, aplica-se uma regra existente que é aplicável a caso semelhante”. (MELLO, 1979, p. 217).

204. Ainda em Mello (1979, p. 217), a analogia “juris” “ocorre quando o caso é inteiramente novo e não existe uma norma aplicável; nesta hipótese o “intérprete” é obrigado a se utilizar de uma série de princípios de um outro instituto que se assemelhe ao do caso em análise”

205. Dessa maneira, Mello (1979, p. 217) entende também que “a analogia se utiliza [...] do método indutivo, ao contrário da interpretação, em sentido estrito, que se utiliza do método dedutivo”.

Para concluir a respeito da analogia, vamos acompanhar as considerações de A. Mello (1979, p. 217), que resgata o que aqui no início foi defendido também por Rezek, no

que Mello afirma que “podemos apresentar [...] a analogia como um modo de integração [, e que] a sua aceitação é ainda bastante restrita e [...] não desempenha um papel decisivo”

E prossegue para afirmar que “a analogia tem sido encarada como um processo que não é suficiente para preencher as lacunas do Direito Internacional [, pois os Estados receiam, diante seu emprego,] terem a sua “soberania” diminuída ou obrigações aumentadas” (MELLO, 1979, p. 217).

Diante as ressalvas feitas, deve-se aceitar o uso da analogia, não menos, mas apenas particularmente, como um método de raciocínio jurídico.

Neste capítulo se viu inicialmente quanto a parte geral sobre fontes de direito internacional, aí se tratando especificamente quanto à noção de ato jurídico em relação às fontes, bem como quanto à distinção entre fontes materiais e fontes formais.

Partiu-se então para a apresentação do rol das fontes de direito internacional a partir do que se encontra no artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Aí se tratando sobre o exposto no texto do artigo, especificamente sobre as convenções, o costume, os princípios gerais de direito, a doutrina, a jurisprudência e a equidade.

Tratou-se também acerca dos demais institutos que a doutrina considera acerca da formação do direito internacional, quais são os atos unilaterais, as decisões das organizações internacionais, e a analogia.

Dessa maneira acredita-se ter sido demonstrado com suficiência acerca do que vem a ser o papel das fontes do ordenamento jurídico internacional, e ante o que deve ser salientado com mais riqueza acerca do papel dos princípios gerais de direito diante os aspectos mais atuais de consolidação do direito que aí se manifesta.

4 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A partir deste ponto serão tecidas as considerações necessárias com vistas a se exprimir os pontos incontroversos acerca da formação do direito internacional.

É verificado que ao início da proposta foi levantado os aspectos gerais acerca da sociedade e do direito internacional.

Situou-se a formação do ordenamento jurídico internacional a partir de uma perspectiva histórica, interrompida ao final da primeira parte para se trazer ao entendimento acerca dos aspectos científicos quanto as repercussões práticas dessa formação na segunda parte

Passamos agora ao resgate histórico a partir do ponto em que se interrompeu, com a finalidade de trazer o tema abordado para as questões mais contemporâneas.

4.1 RESGATE HISTÓRICO

Podemos importar algumas diretrizes estabelecidas quanto ao desenvolvimento histórico do direito internacional, recapitulando a partir da noção de soberania nacional que veio substituir a soberania do Estado monárquico (v. *supra*, n.º 30).

206. Verificou-se que predominava na Europa, do fim da Idade Média (século XV) à Revolução Francesa, um sistema interestatal fundamentado na soberania dos Estados monárquicos e que, com esta revolução, em 1789, este sistema se viu, sem maiores alterações, em vigor diante os novos ideais pregados.

Pois que o princípio da autodeterminação dos povos, em seu vínculo estreito com o princípio das nacionalidades, alterou assim o fundamento dos Estados de monarquias para nações, porém não alterou a existência dos Estados como sujeitos, nem alterou o que se definiu como sistema interestatal (v. *supra*, n.º 30).

207. Acerca deste sistema interestatal, se viu que regia as relações entre os Estados europeus e procurava uma unificação sistemática, diante a emergência de um intenso desenvolvimento de relações comerciais, da emergência de uma comunidade intelectual, das relações marítimas e das relações de território, e mediante o crescimento exponencial de normas a versar sobre estes assuntos.

Assim como, a respeito dos Tratados de Vestefália de 1648, temos que o princípio da igualdade entre Estados e da soberania são consagrados como princípios fundamentais das relações internacionais (v. *supra*, n.º 29).

208. Já no século XIX se viu, a respeito de quando as principais potências europeias se reuniram em torno do Diretório Europeu (v. *supra*, n.º 30), e também no que se seguiu naquele continente, no movimento conhecido como Concerto Europeu, a realização de conferências periódicas para se tratar em relação a assuntos de interesse coletivo.

Também se viu que se tornou comum que estas conferências permanecessem abertas às potências interessadas, assim como passaram a ser processos habituais de resolução coletiva (v. *supra*, n.º 31).

209. Dentre estas conferências, com destaque se citou as Conferências de Paz de Haia, em especial a segunda, de 1907, onde se estatuiu a primeira corte internacional de justiça, de caráter permanente e com a finalidade de ajudar na resolução de conflitos internacionais (v. *supra*, n.º 31).

Diante então ter sido aí interrompida a narrativa de orientação histórica para ceder espaço ao tema das fontes abordado no segundo capítulo, resgata-se a orientação histórica para se situar assim a partir do início do século XX aos temas mais atuais.

4.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO A PARTIR DO SÉCULO XX

210. Marcadamente no início do século XX, a criação da Corte da Haia em 1907 vinha a atender uma necessidade que dizia respeito a todo continente europeu, se não imediatamente a necessidade de definição do quadro político, ao menos quanto ao estabelecimento da paz.

Esta necessidade se fazia presente diante o conturbado cenário de conflitos e indefinições dos territórios nacionais e de como tratar a respeito dos temas comuns naquele continente.

A respeito desse cenário, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 68), se traz que, “em tempos de crise, “as grandes potências”, comportando-se ostensivamente como governantes internacionais de facto, continuaram a recorrer à forma “directorial””, em referência ao citado Diretório europeu (v. *supra*, n.º 30). Neste autor, se verifica alguns exemplos desse fenômeno.

Primeiramente, remetendo ao ano de 1919, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69) se encontra que “após o encerramento da Conferência de Versalhes, os Aliados decidiram prolongar os trabalhos a fim de seguirem a aplicação dos tratados de paz”

Onde, para isto, se criou “o Conselho Superior Interaliado, [auxiliado] por uma Conferência dos embaixadores (França, Grã-Bretanha, Itália, Japão, depois Bélgica). Era a

“instituição” de um novo directório internacional” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 69).

Incidentalmente se citou, em Pellet, Dinh e Daillier, (2003, p. 69), o “projecto mussoliniano do Pacto Quadrangular de [...] 1933 proposto à França, Alemanha e Grã-Betanha, [que] tratava-se visivelmente da tentativa de ressuscitar o Directório europeu, a que a imprensa francesa da época chamava, por antecipação, [de] o “clube dos carnicheiros””.

Em seguida, “entre as duas guerras, a Conferência da Munique de 1938, compreendendo a França, a Alemanha, a Grã-Betanha e a Itália, decidiu a sorte da Checoslováquia sem esta – e sem a União Soviética”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69).

Também se resgata, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69), que durante a Segunda Guerra, a partir “de 1943, após o encontro de Moscovo, os três Grandes – Estados Unidos, Grã-Betanha e U.R.S.S. – tornam pública uma declaração conjunta, aceite pela China” na qual, prossegue, “anunciam o compromisso de prolongar, depois da guerra, a sua acção comum para o restabelecimento e a manutenção da paz”.

E ainda, “encontramos no protocolo dos trabalhos da Conferência de Ialta [...] de 1945, adoptado pela Grã-Betanha, pelos Estados Unidos, e pela União Soviética, uma impressionante lista das questões tratadas” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69).

Finalmente, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69), ainda é citado a constituição, após o final da guerra, de “um “Conselho de ministros dos Negócios Estrangeiros” em que participa a França [, tratando-se] de um órgão permanente com sede em Londres”.

211. A partir deste ponto e das próximas observações, se nota em Pellet, Dinh e Daillier uma orientação de perspectiva da formação do direito internacional, no que diz respeito quanto à formação de uma política internacional, mais precisamente voltada aos sujeitos responsáveis pelo estabelecimento da sociedade internacional.

Interessante notar que também em Hildebrando Accioly (1976, p. 1-238) implicitamente se parte da mesma perspectiva, quando este autor divide a sua obra, após breves considerações a respeito da parte geral, e não menos categóricas, para então dedicar a quase integralidade do tema, à exceção da parte dedicada aos litígios internacionais, considerando-se a partir do alcance dos *Estados* no campo internacional.

Considerando *primordialmente* acerca da constituição dos Estados, dos seus direitos e deveres, dos seus compromissos e competências, Accioly situa, *consequentemente*, as organizações internacionais, seus atributos, e também situa o homem nas relações internacionais.

Em ambos últimos autores, nestas perspectivas quanto às relações internacionais, é impossível negar o enfoque dado a partir destes sujeitos. Não menos ganha destaque o Estado como sujeito proeminente da sociedade internacional, como dentre os Estados alguns têm papel decisivo.

E assim se verifica em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69), quando ao citar, no processo de desenvolvimento histórico do direito internacional, acerca da Conferência de 1945 e acerca do Conselho de ministros dos Negócios Estrangeiros, que “prevê-se, mesmo, uma distinção entre este novo órgão a “quatro” e os encontros a “três” instituídos pelo referido protocolo de Ialta”

Aí se nota nitidamente que o enfoque para distinção adotado se dá em função dos sujeitos aí presentes, na categoria de Estados, e ainda quanto ao número destes participantes.

Adotando-se esta perspectiva a partir dos sujeitos de direito internacional, particularmente na qualidade de importância conferida aos Estados, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69) se considera “que os membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, são em número de cinco: a China, os Estados Unidos [...], a França, o Reino Unido e a Rússia”.

E ainda neste autor se afirma que, “originariamente, [esses cinco foram assim determinados quanto ao seu papel contra Alemanha e Japão] e foi [assim justificado,] *a posteriori*, pelo facto [de serem os únicos] oficialmente detentores de armas nucleares, até 1998]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69)..

212. Dessa maneira, se evidencia um primeiro estágio das relações interestatais onde há o predomínio de relações quanto ao poder militar das grandes potências. Se em um primeiro momento, estas potências eram exclusivamente representadas por Estados europeus, em um segundo momento, após a Segunda Guerra, essa relação de poder com base militar, e em razão do fim do colonialismo e da relativa limitação de território na Europa, fez com que “os Estados europeus [cedessem] a preponderância às duas “superpotências”, os Estados Unidos e a União Soviética”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69).

Tomando em consideração o declínio da União Soviética “e a fraqueza política da Europa”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 69-70) se observa, neste aspecto das relações internacionais predominantemente sob a característica de poderio militar, “um predomínio incontestável [dos estados Unidos] sobre a vida internacional [...] graças à sua indiscutível superioridade militar – como se demonstrou com a “guerra do Golfo” em 1990-1991”

Ainda que em Pellet, Dinh e Daillier também se considere a “supremacia econômica [dos Estados Unidos], esmagadora ao sair da Segunda Guerra [, mesmo que] seja equilibrada

pelo aumento do poder [econômico] de que dispõem a Europa, o Japão e mesmo certos Estados do sudeste asiático” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 69-70).

Com a ressalva de se fazer considerações sobre o radicalismo simplificador ao se adotar “uma visão exclusivamente unipolar das relações internacionais”, toma-se por contraponto, como exemplo, o papel de significância da China, de potências regionais como o Japão, o Reino Unido e a França, bem como os encontros do “G 8”, “que testemunha um certo reequilíbrio do poder” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 70).

Se autoriza, ainda assim, “a deriva “unilateralista” dos estados unidos, [e] o seu estatuto da única superpotência [...] toma proporções nunca antes vistas”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 70).

Para concluir este enfoque quanto ao poderio militar nas relações internacionais a partir da perspectiva dos sujeitos, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 70) se coloca que “esta concertação em matéria política estratégica encontra [...] um quadro favorável entre três ou cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das nações Unidas”.

213. Em um segundo aspecto, ainda se considera que “é em matéria econômica que os encontros são mais frequentes e *quase* institucionalizados”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 70).

Em relação “à primeira metade dos anos 60, [...] se remonta à criação do “Grupo dos Dez”, ao qual se juntou a Suíça”, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 70) também se trazendo que “por outro lado, desde 1975 [...], encontros periódicos reúnem os dirigentes das cinco ou sete maiores potências industrializadas de economia de mercado (“G 5” ou “G 7”) e consagram ao mesmo tempo sua interdependência [e suas noções de responsabilidade colectiva]”.

214. Com outra proposta, “os países do Terceiro Mundo estabeleceram, [...] com o Movimento dos não-alinhados (desde 1961) e o Grupo dos 77 (desde 1964), grupos de pressão influentes”, onde em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 70) também se traz que “não podendo intervir na rivalidade das superpotências, [exaurem-se], e a sua unidade é fortemente ameaçada pelas disparidades cada vez mais evidentes”.

Destaca-se, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 70), que aí, “enquanto a África se afunda no subdesenvolvimento, a América Latina conhece uma renovação democrática sem que as suas dificuldades econômicas sejam resolvidas, ao passo que o desenvolvimento [...] de certos Estados asiáticos, é uma realidade tangível”.

Este cenário demonstra o desenrolar histórico das relações internacionais deste último século, resgatando a noção material dos elementos que contribuem para a formação do

direito internacional, mais particularmente quanto ao desenvolvimento da sociedade internacional e, por último, quanto às forças econômicas que aí atuam, ainda que de forma superficial.

Tendo em conta que o objetivo da proposta é se situar na formação do ordenamento jurídico internacional e, apesar de partilhar as colocações de Albuquerque Mello sobre Lukacs (LUKACS apud MELLO, 1979, p. 40-41), quanto a falta de estranheza recíproca e da consequente fluência mútua dos elementos de economia e os de caráter ideológico.

Assim como, tendo também em conta a importância do conhecimento da totalidade do processo histórico (v. *supra*, n.º 16), se tem por apropriado assim concluir quanto a esta perspectiva.

Então, se passa a levantar as questões que mais se aproximam a respeito da formação do ordenamento jurídico internacional em seus aspectos mais atuais.

4.3 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Levando em consideração o que se observou acerca dos elementos materiais que contribuem para a formação do ordenamento jurídico internacional.

Quais sejam, as bases sociológicas, como a pluralidade de Estados soberanos, o comércio internacional, e os valores comuns (v. *supra*, n.º 13), cabe aqui dar enfoque quanto ao que diz mais propriamente respeito à compreensão do fenómeno jurídico.

Pois como bem se observou quando se tratou a respeito das fontes de direito, mais particularmente quanto a distinção entre fontes formais e fontes materiais, ainda que se considere o valor imprescindível do papel das fontes materiais para a formação do ordenamento jurídico internacional, deve ser tomado em conta que ao direito positivo só interessam as fontes formais (v. *supra*, n.º 45).

215. Entendendo assim que o direito positivo é o que vem a ser formalizado como direito, devem ser feitas algumas observações sobre isto quanto ao processo de formação do direito internacional.

Preliminarmente partindo das observações feitas em Pellet, Dinw e Daillier (2003, p. 71) quanto aos “*esforços de institucionalização*”.

Estes esforços para uma institucionalização internacional são divididos, em Pellet, Dinw e Daillier (2003, p. 71-73, grifo original), em três tópicos: “1.º *Organização internacional e superestatismo*. [...] 2.º *Antes da Segunda Guerra Mundial*. [...] 3.º *Depois de 1945*”.

216. Como que partindo da perspectiva do tempo presente, fazendo observações gerais no que pretende ser uma introdução ao tema da institucionalização internacional, no primeiro tópico, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71) se situa ante a questão de que “a ideia de organizar politicamente a sociedade internacional nasceu como reacção à anarquia que resulta dos conflitos internacionais e à insuficiência da doutrina do equilíbrio”.

Onde também se considera, a respeito desta organização internacional, que “tem por ambição integrar num sistema unitário todos os Estados do mundo, [...] que compreenda um certo número de instituições [...], à imagem das estruturas da sociedade estatal” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71) ainda se sugere que “para [isso], é necessária, pelo menos, uma organização política centralizada que disponha de meios de coacção ou de persuasão sobre os Estados e de um poder de coordenação das instituições técnicas e regionais”.

217. Porém ainda se constata em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71) que “de facto todos os esforços realizados até o momento não permitiram uma aproximação sensível a este *esquema teórico*. Todas as escolhas decisivas marcam a vontade dos Estados em manter o sistema interestatal”

Ainda neste aspecto, também se constata que “é certo que se criaram numerosas organizações, mas a sua própria multiplicidade traduz a preocupação de as colocar numa posição de inferioridade em relação às grandes potências” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71)..

Também neste sentido, em Pellet, Dinh e Daillier se considera que “a dispersão das responsabilidades, a sobreposição dos domínios de acção das organizações torna mais difícil a sua coordenação e *justifica* a recusa em reconhecer-lhes um poder de decisão autoritário” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

218. Ainda assim, se conclui que, “apesar de recuos temporários, a tendência geral é para uma coerência e uma eficácia acrescidas das organizações internacionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

Se reforça essa ideia, ante que “as crises e as tensões da sociedade internacional, ao demonstrarem as insuficiências da cooperação interestatal, obrigam a reforçar a rede das organizações e a confiar-lhes a solução de problemas cada vez mais agudos”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

219. Acerca do segundo tópico, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71) se trata ainda em perspectiva similar a esta introdução, qual seja, uma perspectiva de história política dos

esforços para uma institucionalização internacional, passando aqui particularmente a deter-se ao período anterior à Segunda Guerra Mundial.

Sendo assim, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71), se considera que inicialmente “os apelos a favor de uma organização estruturada das relações internacionais mantiveram-se durante muito tempo no domínio da doutrina ou da propaganda”

Em seguida, se considera que “o triunfo do interestatismo parecia, aos homens de Estado, incompatível com qualquer sacrifício da soberania”, em Pellet, Dinh e Daillier ainda se justifica que, “por isso as primeiras iniciativas visaram, simplesmente, melhorar os processos tradicionais de cooperação” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

Contra esta perspectiva de triunfo do *interestatismo*, se cita “William Penn e [o] abade de Saint-Pierre, com os seus projectos de “paz perpétua” [; os] filósofos Kant, Bentham, [e ainda,] Saint-Simon”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

Também na contramão daquela situação histórica de predomínio do *interestatismo*, ainda se coloca que “ao longo do século XIX, a opinião pública será chamada a pronunciar-se a favor da paz universal pelas tendências políticas mais diversas”, e, neste cenário, segue-se quanto que “torna-se possível organizar, regularmente, congressos internacionais destinados a provar a força desta corrente de opinião”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

220. E ainda, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71), “os governos não se deixam convencer senão com grandes reticências, [mesmo] quando os progressos técnicos e a interdependência econômica tronam evidentes as vantagens de uma certa concertação internacional”.

E assim são extraídos então, alguns exemplos que apontam no sentido da denominada *concertação* internacional, sendo “criados embriões de “serviços públicos internacionais”, dotados de uma estrutura rudimentar, a partir da segunda metade do século XIX [, sendo estes] duas *comissões fluviais* internacionais, [Reno e Danúbio]”” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

Ainda se acrescenta, “[antes do primeiro conflito mundial, são criadas] catorze *uniões administrativas*, com competências estritamente técnicas” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

221. De forma paradigmática, Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 72) faz situar o evento da Primeira Guerra Mundial ante ao processo de institucionalização internacional: “O choque [deste evento] permite encarar uma verdadeira revolução através da construção de um poder internacional de direito superior aos Estados: a Sociedade das Nações (S.d.N.) é criada pela Conferência de Paz de Versalhes [de 1919]”.

Considerando a “função [...] simultaneamente política e técnica” da Sociedade das Nações, se salienta que, “[com cinquenta e quatro Estados membros, e com o objectivo de manter, em tempo de paz, a solidariedade dos povos democráticos,] é, com efeito, a primeira organização com vocação universal”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

Diante a Sociedade das Nações Unidas ter como objetivo essencial “a manutenção da paz [, e assim] não lhe foram atribuídos poderes suficientes para sancionar a agressão, [...] só pode contar com as virtudes da democracia internacional, designadamente a discussão pública entre dirigentes responsáveis”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

E também, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 72), “a saída dos Estados autoritários [...] e a ausência de certas grandes potências [...] fazem com que [a Sociedade das Nações] perca uma grande parte da sua credibilidade e acentuam a sua dimensão europeia”.

Concluindo-se aqui sobre a Sociedade das Nações Unidas, em Pellet, Dinh e Daillier, se tem que “a título técnico, [...] é a primeira tentativa de “federalismo” administrativo: ela deve favorecer o reagrupamento e a coordenação do conjunto das uniões administrativas preexistentes. Só muito imperfeitamente o conseguirá” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

222. Salutar lembrar, que “o mesmo período conhece uma experiência mais convincente de institucionalização da função jurisdicional – com a criação do Tribunal Permanente de Justiça Internacional – e da função social confiada à Organização Internacional do Trabalho”, no Tratado de Versalhes. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

223. Já em um terceiro tópico, se trata do período após 1945, onde, primeiro se considerando que “as esperanças e as iniciativas do período entre as duas guerras abortaram [e] não conseguiram substituir o sistema interestatal por um novo sistema” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

Consequentemente se conclui que, “com a experiência do fracasso, os governos ficaram convencidos de que a procura da paz exigia a correcção dos erros cometidos por um aumento de organização internacional, e não pelo abandono da fórmula e pelo regresso ao interestatismo clássico” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

Se aproximando da proposta de universalidade, nesta introdução ao tema da institucionalização internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 72) se tem que, nasce “a nova tentativa de organização das “Nações Unidas” [de uma reflexão sobre as causas do segundo conflito mundial, e] privilegia a dimensão política [, fazendo] questão em confiar verdadeiros poderes de decisão às instituições criadas”.

Também em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 72), “a guerra fria e a descolonização enfraquecerão a coerência do sistema projectado e obrigarão a orientá-lo num sentido imprevisto [, quanto à importância crescente da] “democratização” das estruturas institucionais e do desenvolvimento econômico”.

Ainda assim, se considera que “estas organizações permanecem o símbolo e uma primeira maneira de encarar uma comunidade política institucionalizada”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

Neste sentido, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 72,73) se encontra que, “agora que a quase totalidade dos Estados são membros da O.N.U. e, aí, se podem exprimir num pé de igualdade, os cento e setenta e nove Estados representados na Assembleia Geral podem exprimir a “vontade geral” dos povos”

E também que, “um esforço de racionalização permite uma repartição de tarefas técnicas e culturais no seio do “sistema das Nações Unidas”, que reúne as instituições universais mais importantes. Começa-se mesmo a pensar em confiar a algumas delas a gestão de riquezas coletivas”, a exemplo dos fundos marinhos (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72-73).

Partindo-se daí para uma conclusão, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 73) se afirma que “onde os promotores da organização falharam, por subestimarem as necessidades de solidariedade – em matéria económica –, a época contemporânea tem sido testemunha de um verdadeiro florescimento de instituições”.

E, neste autor também, “a maioria dos Estados desenvolve uma acção contínua, a fim de eliminar ou contornar os vestígios de desigualdade entre Estados no seio das organizações universais [, como quanto ao] alargamento dos poderes dos órgãos plenários [, entre outros]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 73).

E ainda, “símbolo – mas também contraprova desta *tendência* para o superestatal – é o papel reconhecido às resoluções das organizações internacionais, premissas *contestadas* de uma verdadeira legislação internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 73).

224. Alargado ao longo deste processo de institucionalização internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71-78) se tratou também acerca da institucionalização regional.

Na parte introdutória, quando se trata acerca da “dispersão das responsabilidades [, da] sobreposição de domínios de acção das organizações [e da consequente dificuldade de] coordenação”, se considera aí que “esta [justificada] atitude negativa [dos] Estados [, de recusa quanto ao reconhecimento de poder de decisão autoritário às organizações,] tem

exceções, designadamente ao nível regional, onde as solidariedades são mais visíveis”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 71).

225. Nesta perspectiva quando em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 71) se trata do período anterior à Segunda Guerra, se tem que “as tentativas [de institucionalização] mais ambiciosas, [...] não têm futuro [, como] a Conferência de Washington de 1889 [, e] a União pan-americana, criada em 1910”.

226. Já ao tratar do tema no período após a Segunda Guerra, quando se coloca quanto ao crescimento de importância da “democratização” e do desenvolvimento econômico nas estruturas institucionais, se tem que “estes fenômenos também favorecerão o estabelecimento de organizações regionais que, sob muitos aspectos, parecerão traduzir, melhor do que a organização universal, o desenvolvimento das solidariedades transnacionais”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 72).

Se propõe então em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 73) o balanço entre os aspectos positivos e negativos quanto à institucionalização regional: “Como demonstra a experiência das Comunidades Europeias, é possível atingir [...] um grau de integração muito mais elevado e um domínio de cooperação mais extenso do que ao nível mundial”

E, também, que “as organizações regionais fornecem um “banco de ensaio” útil”. E, por outro lado, neste autor, “outras experiências regionais parecem mais perigosas a longo prazo, na medida em que favorecem a tentação do isolamento e da especificidade, em detrimento do papel federativo das organizações universais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 73).

Destacando as dimensões políticas do regionalismo principalmente ante as doutrinas Tobar, Wilson e Estrada, quanto às regras de reconhecimento de governo; as doutrinas Monroe, Drago e Stimson, quanto ao não recurso à força, e a doutrina de Calvo, quanto à proteção diplomática, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 77) se considera que “tais regras eram pura e simplesmente julgadas inoponíveis a terceiros Estados ou limitadas no seu campo de aplicação geográfica”.

Também se destaca em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 77-78) que, “o desenvolvimento do direito regional utiliza vias complexas, em que se combinam o processo consuetudinário tradicional [...] e a diplomacia “parlamentar” no seio das conferências e organizações regionais”.

E ainda que, “o regionalismo já não é apenas uma reacção a um ambiente internacional desfavorável. É também um fenómeno positivo que traduz solidariedades mais estreitas do que ao nível universal” ((PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 77-78).

227. Conferindo ao regionalismo a “origem [de] uma rede bastante densa de relações de cooperação e [de] mecanismo de controlo vinculativos para os Estados [, aí citando-se o] Conselho da Europa ou a C.S.C.E.”, e, por vezes, a hesitação “em ver [nestas ordens jurídicas particulares, de tal modo específicas,] elementos do direito internacional [, como no caso das] Comunidades Europeias, Países andinos”.

Se destaca também a “importância dos processos jurisdicionais de fiscalização dos comportamentos dos Estados membros [, e mesmo] em relação aos indivíduos [, onde seu objetivo,] na maior parte das vezes [, é] a criação de uma união aduaneira ou econômica”, e onde também “essas organizações integradas assentam em políticas econômicas comuns que submetem os Estados membros a uma ordem econômica internacional muito mais coerente e eficaz do que aquela que existe no plano universal”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 78).

228. Concluindo-se em Pellet, Dinh e Daillier (2003, P. 78) que, por um lado, “o regionalismo pode aparecer [...] como um contra-modelo susceptível de se opor às [...] tentativas de reorganização da ordem econômica internacional”.

Por outro lado, “é também uma oportunidade para experimentar [...] propostas de reformas nas relações [entre os variados graus de desenvolvimento dos Estados, como no caso das Convenções de Lomé, entre C.E.E. e a A.C.P.]” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 78).

229. E em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 78) situa-se ainda a questão conforme “à problemática tradicional: convém aplicar as regras habituais sobre a compatibilidade dos costumes e das convenções especiais com os costumes e as convenções de alcance universal”.

E ainda considerando o Tratado de Maastricht de 1992, “as hipóteses em que convém conciliar os imperativos do direito comunitário com os do direito internacional multiplicam-se” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 78).

230. Partindo então para um último aspecto levantado em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 75-77), afige-se a questão aí intitulada de “*adaptação qualitativa do direito internacional*”.

Neste tópico se trata, quanto ao que “a relativa pacificação da sociedade internacional contemporânea leva a colocar a tónica nas relações em tempos de paz, que são de carácter essencialmente econômico” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 75-78).

Sendo que assim “verifica-se uma inversão das relações de prioridade entre a manutenção da paz e o desenvolvimento económico e social [, onde] para os redatores da

Carta, o estabelecimento de uma ordem económica internacional eficaz é uma garantia da segurança internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 75-78).

Ainda nesta perspectiva de qualificação do direito internacional, “os objectivos [...] diversificaram-se: a procura da paz deve ser conciliada e combinada com a descolonização, a luta contra o racismo [...], o desarmamento, a protecção dos direitos do homem, do ambiente e dos recursos naturais, as exigências de [rápido] desenvolvimento”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 78).

Finalmente, se considera em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) quanto ao que a “tomada de consciência da interdisciplinaridade produz efeitos sensíveis nos métodos de elaboração do direito. o processo de codificação organizado pareceu adaptar-se bem durante cerca de vinte anos a uma diligência com tónica jurídica”.

231. Apesar do que, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76), “na perspectiva atual revela-se insuficientemente dinâmico”, pois, considerando-se aí também, “em matéria económica, [no] direito do mar, [assim como] do meio ambiente, os Estados preferem fixar um certo número de *princípios fundamentais*”.

Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76, grifo nosso) se alude que, a partir destes princípios fundamentais, os Estados “*deduzirão as regulamentações convencionais, em vez de seguirem o método indutivo tradicional das práticas específicas para os princípios gerais*”.

Neste ponto se identificando o tema central dessa proposta, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) se faz considerações críticas sobre a formalização de um direito internacional em formação, quando assim traz que, “esta abordagem apresenta alguns traços característicos. Os Estados, mais conscientes das implicações de suas escolhas, hesitam em tornar vinculativas as regras de base e em comprometerem-se a respeitá-las”.

Para enriquecer a perspectiva, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) se traz alguns exemplos, quanto ao que “esta atitude [dos Estados] é particularmente evidente a respeito dos compromissos de carácter financeiro, tais como os de assistência aos países subdesenvolvidos ou a regulamentação monetária internacional”

Onde se considera também que “é [...] uma atitude de alcance muito mais geral: porque devem adaptar-se a realidades em permanente mutação, as regras do direito internacional da economia não apresentam, em geral, o rigor, menos ainda a rigidez, das normas que regulam domínios mais tradicionais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

Acresce-se ainda, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76), que estas normas de direito económico, “mais maleáveis e mais fluidas, [...] são de preferência redigidas no

condicional e constituem mais exortações do que ordens, descrevem antes objectivos desejáveis do que verdadeiras obrigações de resultado ou de comportamento”.

232. E diante isto se conclui em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) que “o recurso a instrumentos jurídicos pouco vinculativos, como as recomendações [...], os acordos informais, os compromissos sob condição, os “códigos de conduta”, permitem assegurar a cooperação entre os Estados, ao mesmo tempo que salvaguardam a sua soberania”.

233. Ainda, paralelamente, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) se encontra referência a estes instrumentos jurídicos no sentido de “mecanismos de sanções mais eficazes do que as modalidades tradicionais de compromisso da responsabilidade dos Estados. Estas sanções, à imagem das regras que elas têm por função fazer respeitar, são graduadas e flexíveis”.

São aí exemplos: “debates contraditórios (na C.N.U.C.E.D.), publicação de relatórios (O.C.D.E.), “painéis” de peritos independentes (organizações para os produtos básicos), ameaça de exclusão (B.I.R.D. e F.M.I.), arbitragem (“quase internacional” [...], na convenção B.I.R.D. de [...] 1965)”, entre outros (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

244. Consoante esta conclusão, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) também se tem que “vemos [...] concretizar progressivamente a noção de “responsabilidades comuns aos Estados em relação à comunidade internacional”, *tradução jurídica do facto* de que a solidariedade e a interdependência dos Estados vão aumentando”.

Nesta perspectiva, “a Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados (1974) estabelece como responsabilidades comuns a exploração dos fundos marinhos, “patrimônio comum da humanidade”, e a proteção do meio ambiente” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

245. Assim como, seguindo este autor nesta perspectiva, “o resultado da evolução do direito internacional nesta direcção *traduzir-se-ia no reconhecimento de uma hierarquia das normas* e na extensão do conceito de crime internacional a todas as violações graves das *normas superiores*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

Alguns exemplos destas normas: “agressão, dominação colonial, genocídio, poluição maciça da atmosfera e dos mares”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

246. Considerando também esta via, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) novamente se constata que, “porém, os Estados hesitam ainda em comprometer-se [, o que consagraria] um recuo bastante nítido do interestatismo”.

Nestas considerações finais, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 76) se traz que, “não desapareceram os obstáculos políticos e técnicos que travaram até o momento, o aparecimento de um direito internacional coerente e estruturado”.

E ainda, que “os processos de adoção e entrada e vigor dos compromissos convencionais mais importantes continuam a ser lentos e pesados, a ponto de o aperfeiçoamento de tais processos se ter tornado preocupação comum das organizações universais” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

Assim como, aí também e neste autor, “em especial, parece necessário desenvolver técnicas mais flexíveis de adaptação contínua dos tratados, tendo em conta o ritmo rápido dos progressos técnicos” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

Em especial quanto a proposta presente, “quanto aos métodos “modernos” de elaboração do direito, também eles apresentam perigos: [a] incerteza sobre o estado do direito positivo [...] favorece [sua] violação [, e os] riscos acrescidos de incompatibilidade das normas internacionais entre si”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

Finalmente, onde se destaca ainda que “tal risco de incompatibilidade provém não só da multiplicidade das regras do direito internacional, mas, [daquele aqui já mencionado] facto do regionalismo jurídico”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 76).

A partir destas considerações em Pellet, Dinh e Daillier, ressalta-se aqui quanto à complexidade daquilo que este autor mencionou e que foi tratado anteriormente como processo de formação do direito (v. supra, n.º 35-46), onde se destaca o papel das fontes de direito internacional.

247. Nesta mesma linha quanto ao processo de formação desse direito, se destaca também o tema da codificação do direito internacional. Tendo em vista a amplitude do que essa codificação compreende, e a semelhança que guarda com as questões recém tratadas, destacam-se os pontos que mais importam à compreensão da presente proposta.

Em Celso A. Mello (1979, p. 220), “a palavra codificação tem no Direito Internacional um significado diverso do que possui no direito interno. Na nossa matéria, codificar quer dizer transformar normas consuetudinárias em normas convencionais”.

A respeito desta diferença ante o direito interno, neste mesmo autor, “a codificação no Direito Internacional apresenta inúmeras diferenças com a codificação no direito interno” (MELLO, 1979, p. 220).

248. De início, Mello (1979, p. 220-221) aponta que “no direito interno ela é realizada por meio de um processo legislativo, enquanto no Direito Internacional ela o é por meio de uma convenção. Do que foi assinalado decorre outra distinção”.

Considerando quanto ao âmbito interno de codificação, em Mello (1979, p. 221) se tem que “é [realizado] por “via autoritária”, isto é, um pequeno grupo de pessoas (Congresso, Poder Executivo) [faz a codificação] e ela se impõe a todos os habitantes do Estado, independente da vontade destes [habitantes]”.

Já quanto ao âmbito internacional, em Mello (1979, p. 221), como a codificação se faz por convenção, “só é obrigatória para os Estados que a assinalarem e ratificarem, ou aderirem a ela. No Direito Internacional ela só se impõe aos sujeitos de direito (Estados) que com ela concordaram”

Ainda que também se considere, neste autor, que, “se olharmos para os habitantes dos Estados aos quais se dirigem, em última análise, as convenções internacionais [, quanto à codificação do direito internacional, são também feitas] por *via autoritária*”, nesta *via autoritária* se referindo, também, ao já visto (v. *supra*, n.º 41).

249. Albuquerque Mello (1979, p. 221) ainda ressalta que “na codificação do direito interno procura-se reunir todas as normas sobre o assunto. No Direito Internacional a codificação visa apenas aos princípios gerais da matéria”, e conclui: “A codificação no Direito Internacional e no Direito Interno só apresenta em comum a ideia central de toda e qualquer codificação [, qual seja,] agrupar sistematicamente as normas jurídicas”.

250. Tendo em vista esse processo de formação em que se encontra o direito internacional, com todo o caminho de institucionalização que se trilha, considerando aí também a codificação, pode-se dizer que o ordenamento jurídico internacional encontra-se, assim, em processo de formalização, onde o direito positivo procura se sedimentar.

Deve-se considerar aqui a sedimentação em seu sentido técnico, como sendo “um processo de separação de misturas heterogêneas”. (MARTINS, 2007).

Assim se pode afirmar que o direito positivo internacional procura se sedimentar no sentido de se definir distinto dos elementos que contribuem para sua formação, quais sejam, por exemplo, os aspectos econômicos e culturais.

Aí, esta sedimentação se encontra como um processo reflexo da sedimentação possível, mas atualmente apenas tangível, através de considerações a respeito das transformações em que se encontra a sociedade internacional (v. *supra*, n.º 210-214).

A consolidação do direito internacional aproximada por analogia à noção de consolidação do direito interno, e à noção do devido processo legislativo é, assim, interdependente da consolidação da sociedade internacional.

4.4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ENQUANTO FONTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Preliminarmente deve-se ter em conta o objetivo da proposta de contribuir para fomentar o processo de formação do ordenamento jurídico internacional, enquanto busca esclarecer e dar precisão conceitual sobre uma de suas fontes, pontuando para isso quanto ao papel que desempenham os princípios gerais de direito nesta formação.

Parte-se da ideia de que a sedimentação do direito internacional é imprescindível para a superação das questões mais atuais e emergentes da sociedade internacional. Assim sendo, a sociedade internacional descentralizada e globalizada, a fim de poder se consolidar como sociedade, deve se encontrar diante um determinado ordenamento jurídico sedimentado.

251. Em consonância com as colocações de enfoque jurídico dos autores internacionalistas trabalhados, a sociedade internacional contemporânea apresenta traços de integração jamais vistos na história. O sincretismo como pressuposto é predominante, e os autores de maior alcance refletem o que é uma realidade na dinâmica atual.

Em Manuel Castells, com sua trilogia *A Era da Informação*, se demonstra quanto ao papel das novas tecnologias da informação, processamento e comunicação (CASTELLS, 2000a, 2000b, 2004); Pierre Lévy, com suas obras *As tecnologias da Inteligência*, *As Árvores de Conhecimento*, e *Cibercultura*, quanto ao papel das tecnologias na formação individual e cultural (LEVY, 1992, 1999; AUTHIER, 1995); Peter Drucker, quanto ao papel da corporação, em matéria de administração e seus reflexos sociais (DRUCKER, 2013), e ainda Jeremy Rifkin, em sua *Era do Acesso*, quanto as implicações das tecnologias nas relações de consumo, bem como, quanto nas relações de trabalho, em *O Fim dos Empregos* (RIFKIN, 2001, 2004), entre os principais exemplos desse sincretismo.

Estes autores são mencionados aqui apenas para se resgatar o que é uma constatação de realidade: ainda que não uniforme, a globalização é um fator predominante da sociedade internacional diuturna, onde as novas tecnologias de comunicação possuem papel de proeminência.

252. A constatação de uma globalização no seio da sociedade internacional onde a comunicação é um fator de intensificação das relações internacionais encontra processo análogo entre a sociedade e o direito internacional diante o proposto pela Teoria da Autopoiese, inicialmente defendida por Francisco Varela e Humberto Maturana na área da biologia e da filosofia, e aplicada às ciências sociais por Niklas Luhmann.

A profundidade dos estudos destes autores pretende aqui apenas ser resgatada quanto ao seu aspecto central, qual como uma mudança epistemológica na observação dos sistemas sociais.

Em um primeiro momento, a “observação científica de um dado objeto pressupunha a análise estrutural de todos os seus elementos constitutivos isoladamente”; onde ainda, “conhecer algo significava poder determinar quais são as partes que determinam o todo desse objeto. Não se avaliava as relações entre os elementos, mas apenas sua condição/colocação no todo”. (AUTOPOIESE, 2013).

A proposta da teoria autopoietica, diferentemente da postura analítica, parte da observação de determinado objeto pela interação de seus elementos, possibilitando, assim, a construção de um arcabouço científico embasado nas relações entre os elementos e as funções exercidas no todo comunicativo dos sistemas. A autopoiese vem sendo utilizada como marco teórico dos Direitos Fundamentais. (AUTOPOIESE, 2013).

Analogamente ao processo de comunicação que intensifica a globalização internacional, a comunicação entre o direito e a sociedade internacional intensifica o seu mútuo processo de consolidação, onde é na relação interativa entre direito e sociedade que se constrói a ciência social e a ciência jurídica.

O ordenamento jurídico internacional se encontra em processo de sedimentação, onde os principais sujeitos, os Estados, as Organizações internacionais, e até se considerando o crescente papel de importância do próprio indivíduo, ainda buscam consenso sobre o que seriam as prioridades universais.

Na doutrina são levantados temas de relevância, no que é aparente unanimidade em se defender aí “normas superiores” ou de “jus cogens”, ao se tratar da manutenção da paz, da proteção dos direitos do homem e do meio ambiente, assim como da exigência de desenvolvimento (v. *supra*, n.º 19, n.º 244, n.º 245); fato é que são muitas as prioridades a serem conciliadas diante um intenso e permanente processo de transformação.

O que não deixa de ser fato, também, é que, independentemente aos interesses determinados da sociedade internacional globalizada, o direito é uma necessidade.

253. Resgatando aquelas considerações iniciais sobre a íntima relação entre direito e sociedade (v. *supra*, n.º 2), apresentou-se que ambos são contemporâneos e que o direito apenas consolida a sociedade, apontando-se assim quanto ao condicionamento do direito à determinada sociedade.

Também se considerou que, apesar de contemporâneos, o direito nasce velho em relação à sociedade, e que a relação entre ambos é de reciprocidade. A relação entre direito e sociedade, como na *autopoiese*, se promove em um movimento de interação e autodesenvolvimento.

254. O que se verifica neste autodesenvolvimento, mesmo respeitando o nascimento tardio do direito em relação à sociedade, é que o direito é um fator essencial nesse processo. Na sociedade internacional globalizada, na falta de um interesse comum, se depara hoje com inúmeros interesses.

E assim é notável que seu processo de consolidação se encontra em aberto, mas onde a adequação desse processo deve ser realizada diante a adaptação dos conceitos jurídicos ao âmbito internacional.

Aonde a sociedade internacional é de fato globalizada, há necessidade que o direito que aí se manifesta, para acompanhá-la, mesmo que em descompasso, tenha abrangência universal.

255. E justamente na perspectiva da sociedade internacional globalizada marcada por disparidades é que se vem propor o papel fundamental de sedimentação do direito internacional.

Para esta sedimentação é importante se ter em conta a ausência de um poder centralizado, em analogia ao processo de formação do direito interno, no que seria um poder legislativo internacional, e o que se esclareceu quanto à dinâmica de formalização do direito positivo em âmbito internacional diante a institucionalização da sociedade internacional.

256. A necessidade de direito no âmbito internacional e a alusão de abrangência universal que deve ser atribuída a este direito remetem à identificação do direito com seu aspecto normativo, que, conforme José F. Rezek (2000, p. 130), “deve ser marcado por um mínimo de abstração e generalidade”.

Para não se incorrer no caminho das incertezas, o direito internacional deve ser visto diante a noção de norma internacional e nesta norma deve ser identificada abstração e generalidade universais.

O caminho de incertezas surge quando da não distinção entre norma e ato jurídico. Resgatando a caracterização de ato jurídico (v. supra, n.º 36), este é formado pela vontade e pela ordem jurídica que dá efeitos a esta mesma vontade.

Dessa forma, a não distinção entre norma e ato jurídico permite a um ato, quando não encontra uma ordem jurídica a lhe definir os efeitos, que se autoproclame ato jurídico já que dotado de determinada formalidade.

Pois vimos que na sociedade internacional não há propriamente uma ordem jurídica. O que há são inúmeras ordens jurídicas em processo de institucionalização, não devidamente consolidado.

257. É nesta perspectiva que o ato unilateral internacional, de Estado ou de Organização internacional, toma a forma de fonte de direito.

E o faz na medida em que produz efeitos de direito e na medida em que, seja quanto ao ato, seja quanto seus efeitos, não se encontra um ordenamento jurídico consolidado que lhe seja oponível.

E assim como quanto ao ato, também quanto às convenções internacionais, pois enquanto não universais, por maior que lhe seja o número de convencioneiros, todos estes que aí convencioneiam, manifestam atos unilaterais.

Na medida em que são unilaterais, bilaterais, plurilaterais ou multilaterais, quando não universalizados, são atos jurídicos com concurso ou concorrências de vontades que não encontraram oponibilidade de uma ordem jurídica consolidada.

Nesta perspectiva, se a Organização das Nações Unidas lista 192 países no mundo, a Organização Internacional para Padronização, ISO, possui uma lista de 246 “países”, relacionados entre países, territórios e entidades não independentes. As ilhas Malvinas, a Groenlândia, Hong Kong, o território da Palestina e Porto Rico, são exemplos entre estes territórios não independentes que não incluídos na lista dos países pela ONU. Assim como, Inglaterra, Escócia, Wales e Irlanda do Norte não são considerados independentes pela ISO, e compõem o Reino Unido. A lista da ONU ainda agrega aos 192 países, o Vaticano, Kosovo e Taiwan (ROSEMBERG apud BRANDALIZE, 2008).

Considerando estas questões e naquela medida as convenções são consideradas fonte de direito internacional.

258. E ainda enquanto as próprias decisões judiciais internacionais partem de uma organização internacional que se originou também a partir do concurso de atos unilaterais dos Estados que redigiram seu estatuto ou daqueles que aí aderiram, também estas decisões podem ser tidas como atos unilaterais desta organização, e que ainda assim vinculam apenas quanto ao caso em questão.

O papel da jurisprudência enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional, enquanto não consagrada como princípio nesse processo de ordenamento, se encontra aí limites intrínsecos, pois em seu próprio estatuto (ICJ. 1945, artigo 38º, 1º, d) é um *meio auxiliar* para a determinação das regras de direito.

O papel da jurisprudência no âmbito internacional é ainda mais incerto quando, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 407), se deixa claro que: “Não pode extrapolar-se a solução anglo-saxónica da autoridade normativa geral da jurisprudência: esta baseia-se no princípio do *stare decisis* (autoridade do precedente jurisdicional), *que não foi transposto para o direito internacional*”.

Não se está diante a desconstrução dessas fontes de direito internacional. Antes o contrário, se está exortando quanto ao papel que desenvolvem na formação desse direito, complexo por natureza.

E não menos complexo poderia deixar de ser se determinar com precisão as fontes que aí se manifestam.

Quanto ao mais, se acrescenta que se manifestam à sua maneira e com formalidade própria, e é no movimento que se tem a partir dessa manifestação que se permite o desenvolvimento, das fontes e do próprio direito.

Quanto a este movimento de formação, o que se tem por claro é que parte de uma necessidade de adequação das disparidades, de integração, de atendimento ao interesse comum e universal.

Para isso se deve observar, neste cenário de constantes mudanças, a abstração e a generalidade necessárias para a formulação de institutos jurídicos que atuem com eficácia na apuração e determinação das responsabilidades.

259. Assim, recorda-se com Albuquerque Mello (1979, p. 190) que “o costume foi a principal fonte do Direito Internacional Público, em virtude de a sociedade internacional ser descentralizada. [...] O direito Internacional surgiu sob a forma costumeira, como vários ramos da ciência jurídica”.

Ainda no ano de sua publicação, e até hoje atual, este autor acrescenta: “em virtude dos motivos acima expostos, [o direito internacional] conserva esta característica. [...] o aspecto da universalização do Direito Internacional é dado pelo costume” (MELLO, 1979, p. 190).

Ainda que se considere neste autor quanto à diminuição de importância frente às mudanças já mencionadas aqui quanto aos aspectos mais recentes do direito internacional (v. *supra*, n.º 215), o papel de fonte genuína, no sentido de origem desse direito, parece pertencer mesmo ao direito consuetudinário.

Quando se disse que diante o “costume se está em presença do irracional, sendo que através dele é que existe a “passagem imperceptível de uma fonte material para uma fonte

formal”” (v. *supra*, n.º 101), se deu a tônica da importância do costume (REUTER apud MELLO, 1979).

Definindo com Mello (1979, p. 192), “o costume não é a prova de uma prática, mas a própria prática [, sendo então] a prática geral aceita como direito”.

260. Endossa-se aqui o que já foi mencionado (v. *supra*, n.º 122). sobre que a “*opinio juris*” é uma consequência psicológica de uma norma consuetudinária constituída, ou, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 338), que “é a repetição dos precedentes no tempo que faz nascer o sentimento de obrigação”.

Nestes casos, por um método indutivo, se define o direito costumeiro: dos casos particulares de práticas repetidas, se forma uma norma geral.

261. E, por outro lado, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 338), se afirmou sobre a possibilidade de “a expressão de uma “necessidade de direito” [estar] na origem de uma prática que consuma a formação da norma consuetudinária”.

Aqui se trata de processo inverso àquele primeiro, pois por método dedutivo, a necessidade de direito é que origina uma prática que vem a ser transformada em norma.

262. Pode assim se concluir que o costume é fonte do direito internacional e que, considerando o duplo aspecto que se pode atribuir à “*opinio juris*”, ora como origem ora como consequência da norma consuetudinária, assim também o costume ora é fonte formal, ora é fonte material.

O que não se pode é negar o aspecto criativo que o costume tem na formação do direito internacional.

263. Pois que se viu até agora quanto a fontes do direito internacional no sentido de manifestações de uma ordem jurídica em formação.

Tudo quanto é certo sobre o ordenamento jurídico internacional é que ele se manifesta através de suas fontes, e que para assim ser definido, deve ser levado em conta que se consideram fontes aquelas manifestações que possam ser dotadas de formalidade, resgatando aquela noção que se viu (v. *supra*, n.º 45), que ao direito positivo só interessam as fontes formais.

Se viu também que a multiplicidade dessas manifestações ao longo da história, e considerando seu sujeito principal, o Estado, deve ser levado em conta que fornecem hoje um avançado índice de formalidades e procedimentos que compõem um campo de direito próprio, ainda que um direito *sui generis*, de características únicas.

Sendo assim, se tem aí uma praxe processual que atravessa séculos.

264. Os princípios que aí se manifestam, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 355), “são, com efeito, as “primeiras propostas” obtidas por um lento trabalho de indução, das regras particulares da ordem jurídica. Pela via dedutiva, podem, depois, ser aplicados a situações concretas que não são expressamente reguladas pelo direito positivo”.

O que se vê quanto a essas últimas observações sobre a formação dos princípios jurídicos, por analogia, é semelhante ao processo de formação do costume.

Ambas estas fontes possuem, em certo momento, a característica de surgirem a partir da verificação de sucessivos casos particulares, para por indução serem admitidas como postulados gerais.

Na via oposta, estes postulados gerais, por dedução, passam a ser utilizados em casos semelhantes.

A diferença entre estas fontes reside no seu elemento originário: enquanto no costume é um elemento material, a prática.

Já nos princípios jurídicos, o elemento originário se trata de um elemento formal, as regras de direito.

265. Dessa maneira se definiu mais precisamente diante do que se encontra em matéria de princípio jurídico, ou princípio geral de direito. Assim se afasta das incertezas das definições gerais quanto aos princípios de direito como sendo os “enunciados primeiros da justiça, [...] princípios do Direito Natural, tais como “pacta sunt servanda”, [...] incorporados aos princípios gerais de direito, [pois como foi visto, podem estar incorporados, mas sem que] estes se confundam com aqueles”. (MELLO, 1979, p. 209; v. *supra*, n.º 135).

266. A confusão que em muitos casos se observa em relação à definição dos princípios que se pretendeu incluir no artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional não se limita em associar os princípios à enunciados de justiça.

Por certas ocasiões, propõe reduzir os princípios gerais de direito visados pela Corte como pertencentes às outras fontes de direito internacional.

Nesta segunda perspectiva de confusão, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 355): “Sem negar o valor jurídico destes princípios [gerais de direito, alguns autores] pretendem que só na sequência de uma autorização *convencional* expressa [estes] podem [ser aplicados] nas relações internacionais”

Sendo assim, “enquanto nenhum acordo estiver concluído a este respeito, os princípios gerais de direito não se impõem nem aos Estados, nem aos juízes, nem aos árbitros, pois não constituem fonte primária de direito internacional da qual podem nascer diretamente regras positivas” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 355).

E ainda: “Existiria [aí] portanto uma total incompatibilidade entre o carácter directamente obrigatório destes princípios e o conceito de um direito consensual” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 355).

267. Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 355) ainda se citou também a confusão de Scelle e Tunkin, “que os confundia completamente [, os princípio gerais de direito,] com os costumes gerais e integrava-os no direito consuetudinário”.

268. E se conclui então em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 355-356), que “o que visam na realidade estes autores, são os princípios gerais do direito internacional, o mesmo será dizer as regras gerais deduzidas do espírito dos costumes e das convenções em vigor”.

269. Ainda entre as perspectivas que fogem ao entendimento adequado do que vem a ser o papel dos princípios gerais de direito enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357), se menciona que, “para muitos autores [...] o recurso aos princípios gerais de direito reduz-se a colmatar algumas lacunas do direito consuetudinário e convencional ou a evitar os impasses de uma aparente lacuna jurídica”.

E ainda, que “estes princípios constituiriam assim uma fonte não somente supletiva mas também subsidiária do direito internacional” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 357).

Nesta perspectiva, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357),

segundo a opinião dominante, o artigo 38.º, § 1-c), é uma consequência necessária das limitações da função jurisdicional internacional. [...] O juiz internacional [, ao contrário do juiz interno,] não poderia [e nem deveria decidir no caso de silêncio da “lei”], sem habilitação expressa dos sujeitos do direito internacional.

Assim sendo, continua o autor, “na ausência de uma resposta convencional ou consuetudinária ao litígio que lhe é imposto, o juiz ou árbitro deveria pronunciar um *non liquet*, reconhecer que lhe é impossível cumprir a sua missão [, pois] o recurso aos princípios gerais de direito não deve senão sair do direito positivo”.

Nesta mesma perspectiva, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357), “outros autores [...] recusam a ideia de lacuna do direito – porque se resolveriam numa competência *discrecionária* dos Estados (princípio da independência”.

Sendo assim, “o artigo 38.º, § 1-c), teria por função reduzir o campo de aplicação desta competência discrecionária, para além do que é oponível aos Estados em causa com base nas regras convencionais ou consuetudinárias” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 357).

270. Diante esta última perspectiva, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357) se salienta que “não deveria, aliás, deduzir-se da tese precedente que os princípios gerais de direito são susceptíveis de resolver todos os problemas suscitados pela ausência de regras consuetudinárias e convencionais. Nada na natureza destes princípios permite tal conclusão”.

271. Em conclusão a estas perspectivas, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357): “Que se trate de uma fonte supletiva é indiscutível. O juiz internacional, como os agentes estatais, invocam em primeiro lugar, podendo-o, regras consuetudinárias e convencionais em apoio das suas demonstrações”.

Aí também, “Esta era também a opinião do Comité de Juristas encarregado de elaborar o projecto do Estatuto do T.P.J.I. Solução razoável pois as regras consuetudinárias e convencionais têm uma existência mais fácil de estabelecer e um conteúdo menos aleatório” (PELLET, DINH e DAILLIER, 2003, p. 357).

272. E assim também, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357), “a ordem estabelecida pela enumeração do artigo 38.º do Estatuto é portanto uma ordem sucessiva “de tomada em consideração””.

Por oportuno, cabe resgatar aqui a noção de subsidiariedade conferida por Virgílio A. da Silva aos elementos da regra da proporcionalidade. de Robert Alexy.

Fazendo considerações sobre os princípios de direito enquanto “*mandamentos de otimização*, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades *fáticas e jurídicas*”, acerca do proposto por Alexy, e também considerando a aplicação da regra da proporcionalidade para a proteção dos direitos fundamentais enquanto forma de sopesamento de princípios fundamentais, V. A. da Silva assim expõe que “*nem sempre se implica a análise de todas* [as três sub-regras da regra da proporcionalidade.] Com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade [2ª sub-regra] só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação [1ª sub-regra]” (ALEXY apud SILVA, 2002, p. 34-36).

E segue-se neste autor, para da mesma forma, “a análise da proporcionalidade em sentido estrito [3ª sub-regra] só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”. Importa aí a ordem sequencial das sub-regras, partindo da mais importante e nem sempre sendo necessário a análise das demais (ALEXY apud SILVA, 2002, p. 34-36)

Cabe aqui a ressalva de que a subsidiariedade quanto aos elementos na regra da proporcionalidade de Alexy, conforme V. A. da Silva, são analisados aí para choques entre direitos fundamentais em sua correlação com princípios fundamentais, e estes não se

confundem aqui com os princípios gerais de direito, conforme proposto por A. Mello (v. *supra* n.º 135).

273. Em últimas considerações sobre o que pode ser controverso quanto aos princípios gerais de direito, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 358): “Se numerosos autores sustentaram [a tese de que estes princípios seriam fonte subsidiária “ou secundária”, reconhecendo assim uma hierarquia nas fontes do artigo 38], foi porque tinham em mente a [sua] aplicação por [juiz ou árbitro] com uma autorização convencional”.

274. Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 358) se contrapondo a essa perspectiva, pois “esta visão estreita das coisas não corresponde à realidade: os tribunais internacionais aplicam sem hesitar os princípios gerais mesmo na ausência de uma habilitação”.

275. Resgata-se aqui apenas incidentalmente o que foi visto (v. *supra*, n.º 138) quanto a necessidade de se determinar os princípios transponíveis para a ordem jurídica internacional no sentido das diferenças estruturais entre a ordem interna e a externa e na compatibilidade dessa transposição.

Bem como, quanto aos princípios gerais de direito consagrados pela jurisprudência internacional, e, diante do que, se concluiu que para a aplicação dos princípios gerais de direito no âmbito internacional é necessário que se trate daqueles princípios comuns às ordens jurídicas nacionais.

276. Também apenas incidentalmente e com finalidade suplementar, se menciona aqui ainda a questão a respeito do princípio do primado do direito internacional.

Sem pretender exaurir a questão, onde naturalmente há correntes em diversas direções, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 97-99) são estas agrupadas entre a escola monista e a dualista.

Na primeira, haveria divergências sobre uma relação hierárquica entre o direito interno e o internacional.

Na segunda, se recusaria uma relação hierárquica e se suporia estarem as duas ordens separadas.

Neste autor, ao se tratar do alcance deste princípio, se tem que: “Para dizer a verdade, a oposição entre [aquelas] duas teses pode ter algumas consequências concretas a respeito da introdução e do lugar das normas internacionais nos direitos nacionais, mas não no plano internacional” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 99).

E segue-se neste autor, ao se concluir que no plano internacional “a questão não admite a menor discussão e basta se recordar, conforme o Tribunal Internacional de Justiça, o

princípio fundamental em direito internacional da proeminência deste direito sobre o direito interno”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 99).

Deve ser observado quanto a este último princípio, que se trata de um princípio fundamental em direito internacional, e não de um princípio geral de direito.

277. Como bem esclarecido nas considerações quanto ao princípio do primado do direito internacional, é um princípio fundamental de direito, no sentido de o ser em relação ao direito internacional.

Fica aí evidente que é um princípio sedimentado, apartado, pertencente ao direito internacional e não necessariamente pertencente ao direito interno.

O carácter obrigatoriedade associado por Albuquerque Mello (1979, p. 76) à noção de fundamento e importada para cá, faz desse e de outro qualquer princípio fundamental de direito internacional, obrigatório somente quanto ao direito internacional.

E essa interpretação não se confunde com a interpretação acerca dos princípios gerais de direito, pois como se verifica a partir daqui, são estes princípios, quando aplicáveis, capazes de fundamentar decisões judiciais na abrangência de competência do juízo internacional.

Assim sendo e em autonomia frente a outras fontes, são também capazes de adequar a formação jurídica de maneira distinta àquela prevista naquelas outras fontes.

278. Não sendo os princípios de que se trata aqui, de enunciados de justiça, de princípios fundamentais universais (v. *supra*, n.º 135) cabe definir então precisamente que papel os princípios gerais de direito desempenham em direito internacional.

Para isso, tendo em conta aquela definição que os coloca em consonância com a proposta do artigo 38.º, qual seja serem estes princípios “primeiras propostas”, obtidas por um lento trabalho de indução, das regras particulares da ordem jurídica.

279. Em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 356), “para determinar a proveniência exacta destes princípios, é necessário voltarmo-nos para os trabalhos preparatórios do artigo 38.º do Estatuto do T.P.J.I.”.

Aí também se afirma: “Em 1920, os redactores desta disposição fizeram questão em não ficar aquém dos redactores do art. 7.º, al. 2, da Convenção XII de Haia – 1907, sobre o Tribunal Internacional de Presas”, aonde, se prossegue, se “atribuíu a este Tribunal o poder de decidir, se fosse caso disso, “de acordo com os princípios gerais da justiça e da equidade. Fórmula *incondicional* que acabava por habilitar os juizes a “fazerem o direito”” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 356).

280. Diante deste dispositivo recém exposto, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 356) se afirma então que “é para evitar a consagração de qualquer poder “criador” ou “normativo” desta natureza que o artigo 38.º exige que se trate de princípios gerais *já* “reconhecidos pelas nações civilizadas””.

E neste autor ainda: “Segundo as explicações fornecidas pelos membros da Comissão de Juristas, trata-se essencialmente dos princípios de direito interno, vigentes *in foro domestico*” (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 356).

Dessa maneira, neste mesmo autor: “O poder concedido ao juiz não passa de um poder de verificação de princípios estabelecidos, já existentes nas ordens jurídicas nacionais”.

281. Em uma primeira conclusão, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 357): “Esta interpretação é actualmente admitida pela opinião dominante, que adopta portanto a interpretação restritiva da noção de princípios gerais de direito”.

Porém este autor também considera: “A negação de uma existência independente dos princípios gerais de direito *colide* com a letra do artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça que, visando expressamente estes princípios *ao lado e para além* das outras fontes” e alude que assim o dispositivo “consagra sem ambiguidade a sua autonomia respectiva”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 356).

Seguindo à segunda parte daquela definição inicial, onde, acerca dos princípios gerais de direito, estes primeiro se induzem das regras particulares da ordem jurídica.

Depois, pela via dedutiva, podem ser aplicados a situações concretas e não expressamente previstas pelo direito positivo, se encontra também em consonância com o que segue (v. *supra*, n.º 264 e n.º 16).

Pois que a utilização dos princípios gerais de direito, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 356), “como fonte directa de direito internacional resulta de uma prática antiga e constante. Desde 1794, as comissões mistas anglo-americanas constituídas pelos tratados Jay fundamentaram as sua decisões directamente nos princípios gerais de direito”.

Ainda se acrescentando: “Desde então, os tribunais arbitrais, estatuinto *em direito*, não deixaram de seguir o mesmo exemplo sem que a validade das suas sentenças tenha alguma vez sido contestada pelos Estados partes nos conflitos que lhes eram submetidos” (PELLET, DINH e DAILLIER, p. 356).

O que se pretende demonstrar com estes precedentes, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 356), é “que, antes da criação do T.P.J.I., uma norma consuetudinária fundamental estava já formada em virtude da qual os princípios gerais do direito eram dotados de força obrigatória na ordem jurídica internacional”.

E que, portanto, “em 1920, o artigo 38.º nada criou [...]”. Não fez mais do que verificar senão codificar um costume preexistente” (PELLET, DINH e DAILLIER, p. 356).

E, a este respeito, “a versão de 1945 deste artigo é ainda mais clara [, pois ao invés de prever que] “O Tribunal aplica...”, [prevê sim que] “O Tribunal, cuja missão é resolver de acordo com o direito internacional os litígios que lhe são submetidos”, e então, “aplica... as convenções..., o costume..., os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. (PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 356).

Claramente se expôs, assim, em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 355), e ainda aqui lembrando que não se pode assim querer evitar por absoluto a possibilidade de *non liquet*, mas que o Estatuto da Corte Internacional se propõe a exaurir as possibilidades que encontra ao seu alcance para *resolver* os casos com os quais se depara.

Para isso conta, *ao lado e para além das convenções e do costume, também* com os princípios gerais de direito. E a isso, ainda se considerando a via dedutiva para aplicação naquilo “não expressamente [regulado] pelo direito positivo” (PELLET, DINH e DAILLIER, p. 355).

283. Dessa maneira se conclui em Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 356) que “*Os princípios gerais de direito, fonte autônoma do direito internacional* [,] foram assim *explicitamente* reconhecidos como uma fonte directa de direito internacional, independentemente de qualquer autorização convencional”.

5 CONCLUSÃO

São os princípios gerais de direito fonte formal autônoma e de aplicação direta, sendo esse o seu papel enquanto fonte do ordenamento jurídico internacional.

Em íntima identidade com a função própria deste ordenamento, ainda não como um direito, mas como um direito em formação, os princípios gerais de direito desempenham aí a função de integração jurídica necessária à consolidação do direito e da própria sociedade internacional.

Estes princípios também desempenham, assim, a função de contribuir para essa formação jurídica com o que lhe é pertinente, em seu processo estritamente jurídico.

O fazem ora através do método indutivo, quando surge o princípio a partir da regra de direito, ora dedutivo, quando é aplicado às relações jurídicas semelhantes àsquelas de sua formação, com a abstração e a generalidade próprias da norma jurídica.

A exata forma de consolidação do ordenamento jurídico e da sociedade internacional remete, para além dos aspectos estritamente jurídicos, à conformação do quadro político internacional diante a possibilidade de institucionalização em âmbito internacional.

Pode se reportar aí à indagações como “O que provoca [nos seres humanos] esse desatino de explorar o mundo? O que nos fez, como espécie, sair da África e chegar à Lua?” (DOBBS, 2013, p. 48,49).

Assim como a unidade da ciência jurídica e sua relação com a sociedade remetem à unidade da espécie humana, “A compulsão de ver o que há atrás daquelas montanhas, além do horizonte, no outro lado do oceano, é parte de nosso êxito e de nossa identidade como espécie”. (DOBBS, 2013, p. 48,49).

Neste caminho explorativo que se trilha, não há respostas prontas, e é somente através do percurso que se estabelecem as possibilidades.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. (1. Aufl., 1985).

AUTOPOIESE. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRANDALIZE, Amauri. **246 Países (ISO) ou 192 Países (ONU)?**. Blog da Esteio, Curitiba, 29 jun. 2008. Disponível em: <http://www.esteio.com.br/novoblog/blogs/index.php/2008/06/29/246_paises_iso_ou_195_paises_onu>. Acesso em: 07 jul. 2013.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**: the information age: economy, society and culture. 2. ed. Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell, 2000a. v. 1.

CASTELLS, Manuel. **The power of identity**: the information age: economy, society and culture. 2. ed. Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell, 2004. v. 2.

CASTELLS, Manuel. **End of millennium**: the information age: economy, society and culture. 2. ed. Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell, 2000b. v. 3.

CORBETT, Percy E. Social Basis of a Law of Nations. **RdC**, [S.l.], v. I, t. 85, p. 471 e segs. 1954.

BRASIL. Constituição (1988). Lex: legislação federal e marginália, São Paulo, p. 69. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 jul. 2013.

D'AMATO, Anthony A. **The concept of custom in international law**. Michigan: Cornell University Press, 1971.

DOBBS, David. A nova era da exploração. **National Geographic**, São Paulo, ano 13, n. 154, p. 48-61, jan. 2013.

DRUCKER, Peter. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Peter_Drucker>. Acesso em: 07 jul. 2013.

GASTBERG, Frede. La méthodologie du droit international public. **RdC**, [S.l.], v. I, t. 43, p. 313 e ss., 1993.

HENKIN, Louis. **How nations behave**: law and foreign policy. [S.l.]: Columbia University Press, 1968.

ICJ - INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Estatuto da Corte. **International Court of Justice**. 1945. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

JACQUE, Jean-Paul. **Éléments pour une théorie de l'acte juridique em droit international public**. [S.l.]: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

KORFF, Barão S. Introduction à l'histoire du droit international. **RdC**, [S.l.], t. I, 1923.

LANDHEER, B. Contemporary Sociological Theories and International Law. **RdC**, [S.l.], v. I, t. 91, p. 7 e segs., 1957.

_____. Contemporary Sociological Theories and International Law. **RdC**, [S.l.], v. II, t. 92, p. 519 e segs., 1957.

LAURENT, F. **Histoire du droit de gens**. [s.l.]: [s.n.], 1861-1970. 18 v.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

LEVY, Pierre; AUTHIER Michel. **As árvores de conhecimentos**. São Paulo: Escuta, 1995. 188 p.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. 260 p.

LEVY, Pierre. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pierre_L%C3%A9vy>. Acesso em: 07 jul. 2013.

MARTINS, Lucas. Sedimentação. **Infoescola: navegando e aprendendo**, [S.l.], fev. 2007. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/quimica/sedimentacao/>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

NUSSBAUM, Arthur. Historia del derecho internacional. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1947.

NYS, Ernest. **Les origines du droit international**. [S.l.]: Hachette Livre, 1894.

OPINIO juris sive necessitatis, sábado. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Opinio_juris_sive_necessitatis,sábado>. Acesso em: 29 jun. 2013.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito internacional público**. 2. ed. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

REBUS sic stantibus. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Rebus_sic_stantibus>. Acesso em: 07 jul. 2013.

REIS, Frenando G. **Caçadores de nuvens**: em busca da diplomacia. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. 512 p.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**. São Paulo: MakronBooks, 2001.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. São Paulo: M.Books do Brasil, 2004. 340 p.

RIFKIN, Jeremy. In: WIKIPÉDIA a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Rifkin>. Acesso em: 07 jul. 2013.

ROSENBERG, Matt. ISO 3166-1 Country Names and Codes. About Geography, [S.l.], 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://geography.about.com/b/2008/06/23/iso-3166-1-country-names-and-codes.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

SCELLE, Georges. Essai sur le sources formelles du droit international. In: _____. **Recueil 'études sur les sources du droit, em l'honneur de François Gény**, Sirey. [S.l.]: Libr. Recueil Sirey, 1935. 3 v.

SCELLE, Georges. Le Concept de Société Internationale. **Revue de Droit Internationale**, [S.l.], 1. sem., t. XV, p. 7 e segs., 1935.

SCHINDLER, Dietrich. Contribution à l'Étude des Facteurs Sociologiques et Psychologiques du Droit International. **RdC**, v. IV, t. 46, p. 233 e segs., 1933.

SCHWARZENBERGER, Georg. **The inductive approach to international law**. [S.l.]: [S.n.], 1965.

SILVA, Virgílio A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [S.l.], n. 798, p. 23-50, 2002.

TCHOAN PAS, Liu. **Le droit des gens et de la Chine antique**. Paris : Jouve & cie: 1926. 2 v.

VERDROSS, Alfred. Coïncidences: deux théories du droit de gens apparues à l'époque de la création de l'Académie de droit international. In: _____. **Académie de droit international de la Haye**. [S.l.]: Livre Jubilaire, 1973.

VERDROSS, Alfred. La loi de la formation des groupes juridiques et la Notion de Droit International Public. In: LAMBERT, Edouard. **Introduction à l'étude du droit comparé**: recueil d'études em l'honneur. Paris : Librairie de la Societe Anonyme du Recueil Sirey, 1938. v.2.

VINCENT, Didier. *Le Méthodes d'Analyse en Droit International*. In: ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE REIMS, 1974, [S.l.]. **Anais...** [S.l.]: [S.n.], 1974.

VINOGRADOFF, Paul. Historical types of international law. **Biblioteca Visseriana**, t. I, 1923.

VIRALLY, M. **Les ambiguïtés de l'universalisme**. Paris: Ed. Pedone, 1991. p. 273-279.

WALKER, Thomas Alfred. **A history of the law of nations**. Cambridge, University press, 1899. v. I.

WHEATON, Henry. **History of the law of nations**. Michigan: Universidade de Michigan, 1845

YAKEMTCHOUK, R. L'approche sociologique du droit international. *RGDIP*, [S.l.], n. 1, p. 5 e ss., 1974.